

Die strafrechtliche Beurteilung von
Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen
Anwendung unmittelbaren Zwangs

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ANDREAS DONATSCH

von Malans GR

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Jörg Rehberg

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507218_0038

Die strafrechtliche Beurteilung von
Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen
Anwendung unmittelbaren Zwangs

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS DONATSCH
von Malans GR

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Jörg Rehberg

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 9 der Reihe

Zürcher Studien zum Strafrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, P. Noll und J. Rehberg

EIN WORT DES DANKES

An dieser Stelle möchte ich all jenen danken, die zum Gelingen meiner Dissertation beigetragen haben.

Besonderer Dank gebührt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. J. Rehberg, für das grosse Interesse und Verständnis, das er meiner Arbeit und den ihr zugrundeliegenden Ideen entgegengebracht hat. In den Dank eingeschlossen sind die Herren Professoren Dr. A. Kölz und Dr. W. Haller für ihre hilfreichen Hinweise in staats- und verwaltungsrechtlichen Belangen.

Allen Polizeikommandanten, die mich bei der Beschaffung von Unterlagen unterstützt haben, insbesondere den Herren Dr. Schmid, Dr. Borer und Dr. Grob sowie den Polizeioffizieren Dr. Baumann, Hugi, Kaufmann und Stauffer spreche ich meinen besten Dank aus.

Viele Hinweise aus der Praxis verdanke ich meinem hochgeschätzten Bürokollegen Ferdi Ludescher, der für mich während meiner Tätigkeit bei der Polizei zum Inbegriff eines mit "gesundem Menschenverstand" ausgerüsteten, immer hilfsbereiten und gesetzestreuen Polizeibeamten geworden ist.

Meinem lieben Onkel Christian Thöny danke ich herzlich für die Förderung meiner Arbeit und die Durchsicht des Manuskripts.

A.D.

EINLEITUNG

Jedes Gemeinwesen muss zur Garantie seines Bestandes Zwangsmittel bereithalten, die im äussersten Fall mit unmittelbarem Zwang verbunden sind. Wo staatliche Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden, nutzen Einzelne oder Gruppen die Gelegenheit, ihrerseits Macht zu erwerben und Zwang auszuüben. Die Alternative zu staatlichem Zwang ist deshalb nicht Freiheit, sondern - wie sich immer wieder von neuem zeigt - privater Zwang.

Mit der Aufgabe der Anwendung unmittelbaren Zwanges zum Schutze der Rechtsordnung ist bei uns - zwar nicht ausschliesslich, jedoch in erster Linie - der Polizeibeamte betraut. Er trägt dabei eine sehr hohe Verantwortung, da wohl kein anderes hoheitliches Handeln so einschneidend in die elementaren Grundrechte des Bürgers einzugreifen vermag.

Aus diesem Grunde überrascht es nicht, dass das Verhalten des unmittelbaren Zwang ausübenden Beamten in ganz besonderem Masse der Kritik der Öffentlichkeit und dem Urteil staatlicher Behörden ausgesetzt ist. Oftmals kann dabei festgestellt werden, dass der Beurteilende den Fehlerspielraum, den er für sein eigenes Handeln in Anspruch nimmt, nicht in gleicher Weise auch dem Polizeibeamten zugesteht, obschon jener seine Entscheidung vielfach unter grosser physischer und psychischer Belastung zu treffen hat.

Besondere Probleme ergeben sich dabei daraus, dass die Anwendung hoheitlichen Zwanges einerseits weitgehend im kantonalen öffentlichen Recht geregelt wird, während andererseits das entsprechende polizeiliche Verhalten unter dem Gesichtspunkt der individuellen Verantwortung nach eidgenössischem Strafrecht zu beurteilen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die kantonalen öffentlichrechtlichen Normen betreffend die Anwendung unmittelbaren Zwanges entsprechend dem Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nur im Rahmen der im Strafrecht durch die Rechtfertigungstatbestände gesetzten Schranken Geltung haben können. Daraus folgt, dass sich der unmittelbaren Zwang anwendende Beamte nicht unbedenken auf die sein Tun regelnden kantonalen öffentlichrechtlichen Gesetze und Reglemente verlassen kann, sondern dass er primär zu prüfen hat, ob sein Verhalten strafrechtlich gerechtfertigt werden, d.h. insbesondere Inhalt einer Amtspflicht sein kann.

In den folgenden Ausführungen kann bei der Betrachtung der Problematik der Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte nicht auf damit zusammenhängende soziale Gesichtspunkte eingetreten werden, sondern die Arbeit muss sich damit begnügen, die wesentlichen Gesichtspunkte rechtlicher Art zu untersuchen.

Immerhin sei darauf hingewiesen, dass die Oeffentlichkeit der speziellen Situation des unmittelbaren Zwang ausübenden Beamten nur in dem Masse Verständnis entgegenbringen kann und wird, als die Polizeibehörden selbst Verständnis für die Darstellung ihrer Massnahmen und Möglichkeiten vor den Organen jener Oeffentlichkeit zeigen. Eine Umfrage des Verfassers bei allen Polizeikommandi der Schweiz betreffend die Anwendung unmittelbaren Zwanges in deren Polizeikorps während der letzten zehn Jahre erbrachte zwar überwiegend sehr ergiebige und detaillierte Angaben; wenig Verständnis für eine sachliche Orientierung der Oeffentlichkeit über die Zwangsmassnahmen der Polizei scheinen leider die Kommandanten der welschen Polizeikorps zu haben, wenn sie dazu ausführen: "De quelle manière la police utilise les moyens qu'elle a le droit d'engager, ne regarde pas le public en général."

INHALTSUEBERBLICK

1. KAPITEL

GRUNDLAGEN	1
§ 1 Begriff und Arten des unmittelbaren Zwanges	1
A) Begriff und Arten des Zwanges	1
B) Begriff des unmittelbaren Zwanges	2
C) Arten des unmittelbaren Zwanges	7
§ 2 Verwaltungsrechtlicher Ueberblick über das Vorgehen beim Einsatz unmittelbaren Zwanges	15
A) Pflichtgemässe Ausübung des Ermessens	15
B) Voraussetzungen der Anwendung unmittelbaren Zwanges	19
C) Verfahren bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges	25
§ 3 Das Wesen der Rechtfertigung bzw. der Ausschluss der Rechtswidrigkeit	30
A) Vorbemerkungen	30
B) Tatbestand und Rechtfertigung	30
C) Rechtfertigung als Aufhebung des Handlungs- und Erfolgsunwertes	35
D) Rechtfertigung des fahrlässig begangenen Delikts	40
E) Zusammenfassung	49

2. KAPITEL

ABGRENZUNG HOHEITLICHER ZWANGSANWENDUNG VON NOTWEHR UND NOTSTAND BEI DER GEFAHRENABWEHR	51
§ 1 Ausgangslage und Problemstellung	51
§ 2 Funktion der hoheitlichen Zwangsanwendung und der Ausübung der Selbsthilferechte	53
A) Funktion der hoheitlichen Konfliktregelung bei der Gefahrenabwehr	53
B) Funktion der individuellen Konfliktregelung	55
C) Zusammentreffen von individueller und staatlicher Konfliktregelung	57

§ 3	Das Verhältnis von Notrechten und hoheitlichen Zwangseingriffsbefugnissen in Lehre und Rechtsprechung	58
§ 4	Kritik und eigener Lösungsversuch	62
A)	Kritik am uneingeschränkten Nebeneinander von Amtsbefugnissen und Hoheitsrechten	62
B)	Eigener Lösungsversuch	65
§ 5	Zusammenfassung	82

3. KAPITEL

VORAUSSETZUNGEN DER RECHTMAESSIGKEIT DES IN AUSUEBUNG VON AMTSPFLICHTEN ERFOLGTEN VERHALTENS	84
--	----

§ 1	Ausgangslage und Problemstellung	84
A)	Mögliche Konstellationen finaler Determination bei der Ausübung von Amtspflichten	84
B)	Folgerungen für den weiteren Gang der Untersuchung	95
C)	Zusammenfassung	96
§ 2	Richtlinien zur Bestimmung des Inhalts der Sorgfaltspflichten beim hoheitlichen Handeln im allgemeinen	98
A)	Ausgangslage	98
B)	Methode zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten	100
C)	Negative Bestimmung des Inhalts der Sorgfaltspflichten	100
D)	Positive Bestimmung der Sorgfaltspflichten durch wertende Abwägung des Interesses am Schutz der Rechtsgüter einerseits und der Vornahme der gefährlichen Handlung andererseits	113
E)	Zusammenfassung	129
§ 3	Bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges konkret zu beachtende Sorgfaltspflichten	132
A)	Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der zu vollstreckenden Hoheitsakte	132
B)	Für das Verfahren der Zwangsvollstreckung zu beachtende Sorgfaltspflichten	181
C)	Bei der tatsächlichen Zwangsvollstreckung zu beachtende Sorgfalt	181
D)	Zusammenfassung	182

§ 4 Schlussfolgerungen	185
------------------------	-----

4. KAPITEL

VERSUCH EINER BESTIMMUNG DER IM SPIELE STEHENDEN INTERESSEN BEIM GEBRAUCH VON SCHUSSWAFFEN GEGEN PERSONEN	186
--	-----

§ 1 Einleitung	186
----------------	-----

§ 2 Die Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen	189
---	-----

A) Das Interesse an der Unterlassung von Beeinträchtigungen an persönlichen Rechtsgütern durch Schusswaffeneinsatz	189
---	-----

B) Die Gewichtung der staatlichen Interessen am Einsatz von Schusswaffen	215
---	-----

C) Gewichtung der Interessen beim polizeilichen Schuss- waffengebrauch gegen Personen gemäss EMRK	265
--	-----

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

1. KAPITEL

GRUNDLAGEN

§ 1 Begriff und Arten des unmittelbaren Zwanges	1
A) Begriff und Arten des Zwanges	1
B) Begriff des unmittelbaren Zwanges	2
I Begriffsumschreibung und Wesen des unmittelbaren Zwanges	2
II Abgrenzung des unmittelbaren Zwanges von der Ersatzvornahme	6
III Abgrenzung des unmittelbaren Zwanges von der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Massnahme	6
C) Arten des unmittelbaren Zwanges	7
I Allgemeines	7
II Die Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen Sachen oder Personen	9
III Körperliche Gewalt	9
1. Begriff	9
2. Beispiele	9
IV Hilfsmittel der körperlichen Gewalt	10
1. Begriff	10
2. Beispiele	10
V Waffen	11
1. Begriff	11
2. Beispiele	14
§ 2 Verwaltungsrechtlicher Ueberblick über das Vorgehen beim Einsatz unmittelbaren Zwanges	15
A) Pflichtgemässe Ausübung des Ermessens	15
I Allgemeines	15
II Opportunitätsprinzip sowie Legalitätsprinzip und ihr Verhältnis zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz	16
III Das Auswahlermessen	17

IV Die Grenzen der Ermessensausübung	18
B) Voraussetzungen der Anwendung unmittelbaren Zwanges	19
I Vollstreckbarkeit und Verbindlichkeit des durch- zusetzenden Entscheides	19
1. Vollstreckbarkeit	20
2. Verbindlichkeit	20
2.1. Die Verbindlichkeit als Folge der Vermutung der Rechtmässigkeit	20
2.2. Die Verbindlichkeit von Urteilen	22
2.3. Die Verbindlichkeit von Verwaltungsakten	22
II Nichtbefolgung des Entscheides	24
III Anordnung der Zwangsvollstreckung durch den Weisungsberechtigten unter Beachtung der formellen Voraussetzungen	25
C) Verfahren bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges	25
I Allgemeines	25
II Androhung des Zwangsmittels	26
III Festsetzung des Zwangsmittels	27
IV Die Ausführung des unmittelbaren Zwanges	28
 § 3 Das Wesen der Rechtfertigung bzw. der Ausschluss der Rechtswidrigkeit	 30
A) Vorbemerkungen	30
B) Tatbestand und Rechtfertigung	30
I Allgemeines	30
II Das im Straftatbestand enthaltene Unwerturteil	32
1. Das Unwerturteil als Folge einer Rechtsguts- verletzung	32
2. Das Unwerturteil über ein bestimmtes Verhalten	34
C) Rechtfertigung als Aufhebung des Handlungs- und Erfolgsunwertes	35
I Aufhebung des Erfolgsunwertes	36
II Aufhebung des Handlungsunwertes	37
III Massgeblicher Zeitpunkt für das Urteil über Handlungs- und Erfolgsunwert	38
C) Rechtfertigung des fahrlässig begangenen Delikts	40
I Herrschende Lehre und Rechtsprechung	40
II Kritik und eigene Auffassung	41
E) Zusammenfassung	49

2. KAPITEL

ABGRENZUNG HOHEITLICHER ZWANGSANWENDUNG VON NOTWEHR UND NOTSTAND BEI DER GEFAHRENABWEHR	51
§ 1 Ausgangslage und Problemstellung	51
§ 2 Funktion der hoheitlichen Zwangsanwendung und der Ausübung der Selbsthilferechte	53
A) Funktion der hoheitlichen Konfliktregelung bei der Gefahrenabwehr	53
B) Funktion der individuellen Konfliktregelung	55
C) Zusammentreffen von individueller und staatlicher Konfliktregelung	57
§ 3 Das Verhältnis von Notrechten und hoheitlichen Zwangseingriffsbefugnissen in Lehre und Rechtsprechung	58
§ 4 Kritik und eigener Lösungsversuch	62
A) Kritik am uneingeschränkten Nebeneinander von Amtsbefugnissen und Hoheitsrechten	62
B) Eigener Lösungsversuch	65
I Systematische Stellung von Notrechten und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen in der Rechtsordnung	65
1. Problemstellung	65
2. Das Verhältnis zwischen den Notrechten und den kantonalen hoheitlichen Eingriffsbefugnissen	66
2.1. Allgemeine Kompetenzausscheidung	66
2.2. Notrechte und hoheitliche Gewaltrechte unter dem Gesichtspunkt der derogatorischen Kraft des Bundesrechts	66
2.3. Problem der Inkorporation der Notrechtsbefugnisse in die Polizeigesetze	68
3. Zur Konkurrenz der Rechtfertigungsgründe von Art. 32 und Art. 33 f. StGB	69
II Abgrenzung zwischen hoheitlichen Eingriffsbefugnissen und Notrechten	71
1. Hoheitliche Gewaltrechte und Notwehr	71
1.1. Hoheitliche Gewaltrechte und Selbstverteidigung	71
1.2. Hoheitliche Gewaltrechte und Notwehrhilfe	75
2. Hoheitliche Gewaltrechte und Notstand	80
§ 5 Zusammenfassung	82

3. KAPITEL

VORAUSSETZUNGEN DER RECHTMAESSIGKEIT DES IN AUSUEBUNG VON AMTSPFLICHTEN ERFOLGTEN VERHALTENS	84
§ 1 Ausgangslage und Problemstellung	84
A) Mögliche Konstellationen finaler Determination bei der Ausübung von Amtspflichten	84
I Vorsätzliches Verhalten	84
1. Begriff des Vorsatzes als tatbestandsmässiges Handlungsunrecht	84
2. Vorsätzlich tatbestandsmässiges Verhalten in Erfüllung einer Amtspflicht	85
3. Vorsätzliches Verletzen von Amtspflichten	86
II Fahrlässiges Verhalten	86
1. Begriff der Fahrlässigkeit als tatbestands- mässiges Handlungsunrecht	86
2. Fahrlässige Verletzung der Amtspflichten	89
3. Die Behandlung der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes	90
3.1. Allgemeines	90
3.2. Lehre und Rechtsprechung	90
3.3. Stellungnahme	91
B) Folgerungen für den weiteren Gang der Untersuchung	95
C) Zusammenfassung	96
§ 2 Richtlinien zur Bestimmung des Inhalts der Sorgfalts- pflichten beim hoheitlichen Handeln im allgemeinen	98
A) Ausgangslage	98
B) Methode zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten	100
C) Negative Bestimmung des Inhalts der Sorgfaltspflichten	100
I Das Können des Vollzugsbeamten als Begrenzung der Rechtspflichten	100
1. Allgemeines	100
2. Fähigkeit, den Kausalverlauf im voraus abzu- schätzen	102
2.1. Die Erkennbarkeit des objektiven Sachver- haltes	103
2.2. Fähigkeit, die Eignung des Verhaltens zur Erreichung des angestrebten Zieles voraus- zusehen	104
2.3. Das Problem der Automatismen	108

3. Fähigkeit, sich entsprechend der als richtig erkannten und "gesollten" Determination zu verhalten	108
4. Der anzuwendende Massstab	109
II Ausschluss der Pflichtwidrigkeit durch die Wahl einer ungewollte tatbestandsmässige Nebenfolgen vermeidenden Verhaltensweise	111
D) Positive Bestimmung der Sorgfaltspflichten durch wertende Abwägung des Interesses am Schutz der Rechtsgüter einerseits und an der Vornahme der gefährlichen Handlung andererseits	113
I Funktion der Interessenabwägung und Ausgangslage	113
1. Funktion der Interessenabwägung zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten	113
2. Problemorientierte Darstellung der Ausgangslage	113
II Die Bewertung der Handlung in bezug auf ihre Gefährlichkeit	116
III Die gegeneinander abzuwägenden Interessen	119
1. Die Interessen an der Vornahme der gefährlichen Handlung	119
2. Das Interesse am Schutz der persönlichen Güter des Zwangsunterworfenen	120
IV Vornahme der Interessenabwägung	121
1. Berücksichtigung generell abstrakter Normen als Ausdruck von Wertungen des Gesetzgebers	121
1.1. Allgemeines	121
1.2. Aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu berücksichtigende Gesichtspunkte	122
1.3. Berücksichtigung der im Strafrecht ent- haltenen Wertungen insbesondere	124
2. Durchführung der Interessenabwägung	125
2.1. Der Vergleich der gegeneinander abzuwä- genden Interessen	125
2.2. Einschränkung der Interessen des Zwangs- unterworfenen nur im Rahmen des Notwendigen	128
E) Zusammenfassung	129
§ 3 Bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges konkret zu beachtende Sorgfaltspflichten	132
A) Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der zu voll- streckenden Hoheitsakte	132
I Darstellung der Problematik bei der unmittelbaren und mittelbaren Gesetzesvollziehung und Folge- rungen für das weitere Vorgehen	132

II	Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Verbindlichkeit des durchzusetzenden Entscheides	136
1.	Die Vollstreckung rechtmässiger sowie rechtswidriger, nicht aber nichtiger Entscheide	137
2.	Das Problem der Vollstreckung qualifiziert rechtswidriger staatlicher Entscheide	138
2.1.	Uebersicht über die Lösung des Problems in Lehre und Rechtsprechung	138
2.2.	Kritik an den angeführten Kriterien zur Bestimmung der Amtspflichten	144
2.2.1.	Im Allgemeinen	144
2.2.2.	Am Kriterium der öffentlichrechtlichen Nichtigkeit insbesondere	150
2.3.	Bestimmung der Sorgfaltspflichten beim Vollzug qualifiziert rechtswidriger Hoheitsakte	153
2.3.1.	Begrenzung der Sorgfaltspflichten durch das Können des Vollzugsbeamten bezüglich der Kenntnis des Sachverhalts	153
2.3.1.1.	Prüfung der dem durchzusetzenden Entscheid zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände der Aussenwelt	153
a)	Problemorientierte Darstellung der Ausgangslage	153
b)	In der Literatur vertretene Standpunkte	154
c)	Versuch einer differenzierten Lösung	157
2.3.1.2.	Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei der Würdigung der Verbindlichkeit hinsichtlich der Ueberprüfung der Subsumtion	166
a)	Ausgangslage	166
b)	Die Feststellbarkeit qualifiziert fehlerhafter Rechtsanwendung	167
2.3.1.3.	Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Prüfung der Beziehungen zwischen dem vorgesehenen Zwangsakt und dem zu bewirkenden Erfolg	171
2.3.2.	Das Problem des Handlungsunwertes bei der Vollstreckung nichtiger, nicht jedoch offensichtlich rechtswidriger Akte	173
2.3.3.	Das Verhältnis zum Sachverhaltsirrtum im besonderen	174
III	Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Vollstreckbarkeit des durchzusetzenden Entscheides	175
IV	Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Weisungsberechtigung des die zwangsweise Vollstreckung Anordnenden	176
1.	Allgemeines	176

2. Das Problem der Weisungsberechtigung des Staatsanwaltes im Falle des Konflikts von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr	176
2.1. Problemstellung	176
2.2. Die Kompetenzordnung beim Zusammentreffen von Strafverfolgungsmassnahmen und solchen der Gefahrenabwehr	178
B) Für das Verfahren der Zwangsvollstreckung zu beachtende Sorgfaltspflichten	181
C) Bei der tatsächlichen Zwangsanwendung zu beachtende Sorgfalt	181
D) Zusammenfassung	182
§ 4 Schlussfolgerungen	185
4. KAPITEL	
VERSUCH EINER BESTIMMUNG DER IM SPIELE STEHENDEN INTERESSEN BEIM GEBRAUCH VON SCHUSSWAFFEN GEGEN PERSONEN	186
§ 1 Einleitung	186
§ 2 Die Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen	189
A) Das Interesse an der Unterlassung von Beeinträchtigungen an persönlichen Rechtsgütern durch Schusswaffeneinsatz	189
I Die Bestimmung der Gefährlichkeit der Zwangshandlung unter Berücksichtigung des Könnens des Vollzugsbeamten	189
1. Allgemeines	189
2. Die Gefährlichkeit des Schusswaffeneinsatzes für die körperliche Integrität des Zwangsunterworfenen und Dritter	189
2.1. Die Bewaffnung als gefahrbeeinflussendes Moment	189
2.1.1. Die Schusswaffe	189
2.1.2. Die Munition	192
2.2. Der Wirkungsbereich der Schusswaffen als Kriterium der Gefährlichkeit	198
2.3. Die Fähigkeiten des Schützen als gefährdungsbestimmender Faktor	201
2.3.1. Die Beherrschung der Schusswaffe durch den Schützen	201
2.3.2. Fähigkeit des Schützen, jederzeit in gefahr minderndem Sinne einzugreifen	206

3. Die Gefährlichkeit alternativer polizeilicher Schusswaffen und Munition	208
3.1. Reizstoffe	209
3.2. Andere Einsatzmittel	213
II Die Gewichtung des Interesses am Verzicht auf den Schusswaffengebrauch	214
B) Die Gewichtung der staatlichen Interessen am Einsatz von Schusswaffen	215
I Strafbares Verhalten des Polizeipflichtigen	215
1. Grundlagen und Problemstellung	215
2. Der im strafbaren Verhalten enthaltene Unwert und das staatliche Interesse an der Festnahme oder Verhaftung von Straftätern	216
2.1. Festnahme und Verhaftung im Rahmen des strafprozessualen Verfahrens	216
2.1.1. Problematik der geltenden Regelung	216
2.1.2. Versuch einer differenzierten Lösung	218
2.2. Der Waffengebrauch zur Sicherung des Straf- und Massnahmenvollzuges	228
2.2.1. Waffengebrauch zur Sicherung des Strafvollzuges	228
2.2.2. Waffengebrauch zur Sicherung des Massnahmenvollzuges	234
II Die Gefährlichkeit des Polizeipflichtigen	236
1. Grundlagen	236
2. Die Gefährlichkeit einer Person für die körperliche Integrität Dritter	238
3. Die Gefährlichkeit einer Person für die übrigen strafrechtlich geschützten Rechtsgüter	243
3.1. Gesetzliche Regelung	243
3.1.1. Der Schutz der persönlichen Rechtsgüter mit Ausnahme von Leib und Leben	243
3.1.2. Der Schutz von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen	244
3.2. Kritik und Lösungsvorschlag	245
III Die erfolglos gebliebene Androhung des Schusswaffengebrauchs	248
IV Beeinträchtigung der Interessen des Zwangsunterworfenen nur im Rahmen des Notwendigen	252
1. Der Grundsatz der Notwendigkeit im allgemeinen	252
2. Der Grundsatz der Notwendigkeit beim gezielten Todesschuss im besonderen	259
2.1. Grundlagen	259
2.2. Die Notwendigkeit des gezielten Todesschusses	261
C) Gewichtung der Interessen beim polizeilichen Schusswaffengebrauch gegen Personen gemäss EMRK	265

LITERATURVERZEICHNIS

- AMELUNG Knut, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, Neue Juristische Wochenschrift 30 (1977), 833 ff. (zit.: Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates)
- AMFT Heinz, Sicherung der Polizeibeamten beim Einschreiten und ergänzende Massnahmen, Die Polizei 63 (1972), 202 ff. (zit.: Sicherung des Polizeibeamten)
- ANDERSEN Poul, Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927 (zit.: Ungültige Verwaltungsakte)
- ARNDT Claus, Das Grundgesetz und der Schusswaffengebrauch bei Anwendung unmittelbaren Zwangs, Zum Inkrafttreten des Hamburgischen Gesetzes über die Ausübung unmittelbaren Zwangs, Deutsches Verwaltungsblatt 1965, 189 ff. (zit.: Das Grundgesetz und der Schusswaffengebrauch)
- ARZT Gunther, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, herausgegeben von Gerald Grünwald, Olaf Miehe, Hans-Joachim Rudolphi und Hans-Ludwig Schreiber, 77 ff. (zit.: Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr)
- AUBERT Jean-François, Traité de droit constitutionnel Suisse, Bd. 1 und 2, Neuchâtel 1967 (zit.: Droit constitutionnel)
- AUGSCHUN Günther, Massnahmen zur Verbesserung der Eigensicherung der Polizeibeamten beim Einschreiten, Die Polizei 53 (1962), 257 ff. und 293 ff. (zit.: Eigensicherung)
- BAIER Hans, Zur Diskussion um die "besonderen" Waffen, Die Polizei 62 (1971), 305 (zit.: Zur Diskussion um die "besonderen" Waffen)
- BALDUS Paulheinz, §§ 52 - 54, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin/New York 1974 (zit.: Baldus, Leipziger Kommentar)
- BENDEL Felix, Rechtsfragen des Gewässerschutzes in der Schweiz, Grundbegriffe, Verwaltungszwang, Rechtsmittel, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 396, Bern 1970 (zit.: Probleme des Gewässerschutzes)
- Der Verwaltungszwang nach Bundesrecht, ZBJV 104 (1968), 281 ff. (zit.: Der Verwaltungszwang)
- BERG St./DOERING G./ZOREC-KARLOVSEK, Begutachtungsfragen nach Anwendung der "Chemischen Keule", Archiv für Kriminologie, Bd. 165 (1980), 17 ff. (zit.: Berg/Döring/Zorec-Karlovsek)

- BERGSCHNEIDER Ludwig, Polizeilicher Waffengebrauch als Rechtfertigungsgrund, Diss. München 1960 (zit.: Polizeilicher Waffengebrauch)
- BERTSCHI Rolf, Zum Einsatz von Tränengas durch die Polizei, Die Polizei 61 (1970), 108 ff. (zit.: Tränengas)
- BLEI Hermann, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, Juristenzeitung 10 (1955), 625 ff. (zit.: Polizeilicher Waffengebrauch)
- BOCKELMANN Paul, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 1979 (zit.: Strafrecht, AT)
- Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968 (zit.: Strafrecht des Arztes)
- Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Frankfurt am Main 1969, 456 ff. (zit.: Menschenrechtskonvention)
- Notrechtsbefugnisse der Polizei, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek und Hans Lüttger, Berlin/New York 1977, 235 ff. (zit.: Notrechtsbefugnisse)
- BOLLER Hans, Polizeiliche Bewaffnung, Der Polizeibeamte 59 (1978), 241 f. (zit.: Polizeiliche Bewaffnung)
- BRAEGGER Ernst, Der Notstand im Schweizerischen Strafrecht, Berner Diss., Aarburg 1937 (zit.: Notstand)
- BRANDENBURGER Hans, Tränengasgutachten des Gerichtsmedizinischen Institutes der Universität Zürich vom 21. Oktober 1977
- BREMER Heinz, Das Recht der Polizei zum Waffengebrauch, Diss. Heidelberg 1965 (zit.: Waffengebrauch)
- BRUNNER Joseph, Widersetzlichkeit und Aufreizung zur Widersetzlichkeit nach den Gesetzgebungen der Kantone Basel-Stadt und -Landschaft und der Eidgenossenschaft, Diss. Bern 1940 (zit.: Widersetzlichkeit)
- BRUNNER Karl, Die Lehre vom Verwaltungszwang, Diss. Zürich 1923 (zit.: Die Lehre vom Verwaltungszwang)
- Die Durchsetzung des Staatswillens mit unmittelbarem Zwang, ZBl. 63 (1962), 177 ff. (zit.: Die Durchsetzung des Staatswillens)
- v.BUBNOFF Eckhart, §§ 110 - 122, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek, Wolfgang Russ, Günther Willms, 10. Aufl., 8. Lieferung, Berlin/New York 1978 (zit.: Leipziger Kommentar)
- BUCHERT Rainer, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, Eine strafprozessuale, kriminalistische und kriminologische Studie unter Berücksichtigung der Geschichte und ausländischer Regelungen, Kriminalwissen-

schaftliche Abhandlungen, Bd. 8, Lübeck 1975 (zit.: Polizeilicher Schusswaffengebrauch)

- BURCKHARDT Walther, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1971 (zit.: Einführung)
- Methode und System des Rechts, Nachdruck 1971, Zürich 1971 (zit.: Methode)
- Vom Rechtszwang, in: Aufsätze und Vorträge 1910 - 1938, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1970, Bern 1970, 52 ff. (zit.: Vom Rechtszwang)
- BURGSTALLER Manfred, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, Wiener Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 14, Wien 1974 (zit.: Fahrlässigkeitsdelikt)
- CLERC François/STECK Eduard, Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Basel 1943 (zit.: Strafrecht)
- COING Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin/New York 1976 (zit. Rechtsphilosophie)
- COMTESSE F.H., Das Schweizerische Militärstrafgesetz, Zürich 1946 (zit.: MSTG)
- CONEN Peter, Rechtsgrundlagen und Probleme des Schusswaffengebrauchs bei Geiselnahmen, Die Polizei 64 (1973), 65 ff. (zit.: Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen)
- COURAKIS Nestor-Constantin, Zur soziaethischen Begründung der Notwehr, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 3. Folge, Bd. 4, Baden-Baden 1978 (zit.: Soziaethische Begründung der Notwehr)
- DOLAPTSCHIEFF N., Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?, ZStW 58 (1939), 238 ff. (zit.: Rechtswidrige, bindende Befehle)
- DREHER Eduard, Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, Neue Juristische Wochenschrift 23 (1970), 1153 ff. (zit. Strafrechtsreformgesetz)
- DUBS Hans, Notwehr, Bemerkungen zu StrGB 33 anhand von sieben Fällen, ZStrR 89 (1973), 337 ff. (zit.: Notwehr)
- Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR, Neue Folge, Bd. 93 (1974), II Halbband, 223 ff. (zit.: Die Forderung nach optimaler Bestimmtheit belastender Rechtsnormen)
- Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht, ZStrR 78 (1962), 31 ff. (zit.: Fahrlässige Delikte)

- DUERR Rolf Robert, Die Polizeiliche Generalklausel, Diss. Zürich 1967 (zit.: Polizeiliche Generalklausel)
- EBERLE Anton, Die Bedeutung der Selbsthilfe im Strafrecht, Berner Diss., Einsiedeln 1951 (zit.: Selbsthilfe)
- EBERLE Karl, Der militärische Befehl als Schuldausschliessungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss. Bern 1930 (zit.: Der militärische Befehl)
- EHRLICH Camillo, Zum Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 16 (1962), 11 ff. (zit.: Zum Schusswaffengebrauch)
- ENGEL Fritz, Handlungsfähig trotz tödlicher Kopfschussverletzung, Kriminalistik 31 (1977), 272 f. (zit.: Handlungsfähig trotz tödlicher Kopfschussverletzung)
- ENGEL Günter, Aktuelle Fragen des Schusswaffengebrauchsrechts, der Schiessausbildung und -ausrüstung, Die Polizei 62 (1971), 342 ff. (zit.: Aktuelle Fragen)
- ENGISCH Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen 1964 (zit.: Vorsatz und Fahrlässigkeit)
- Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Neue Folge, Tübingen 1931 (zit.: Kausalität)
- Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Karl Engisch und Reinhart Maurach, München und Berlin 1954, 127 ff. (zit.: Normative Tatbestandselemente)
- Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, 401 ff. (zit.: Der Unrechtstatbestand)
- ERBEN Ernst/SZIRBA Rudolf, Das Waffengebrauchsrecht in Oesterreich, Umfassende Darstellung der beim Gebrauch einer Waffe - insbesondere von der Exekutive, von Jagd- und anderen Aufsichtspersonen, aber auch im privaten Bereich (z.B. bei Notwehr und Nothilfe) - zu beachtenden Vorschriften, 3. Aufl., Wien 1977 (zit.: Erben/Szirba)
- ERNST Wilhelm, Das Handeln auf Befehl im Militärstrafrecht, Diss. Zürich 1923 (zit.: Handeln auf Befehl)
- FAEH Laurenz, Die Zwangsmittel im st. gallischen Strafrechtspflegegesetz vom 9. August 1954, Freiburger Diss., Wil 1963 (zit.: Zwangsmittel)

- FALB Fritz, Demonstrationen und Strafrecht, ZStrR 91 (1975), 231 ff. (zit.: Demonstrationen)
- FELBER Roland, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Bd. 41, München 1979 (zit.: Rechtswidrigkeit des Angriffs)
- FLEINER Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit.: Institutionen)
- FLEINER-GERSTER Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977 (zit.: Grundzüge des Verwaltungsrechts)
- FLEINER Fritz/GIACOMETTI Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1976 (zit.: Fleiner/Giacometti)
- FLUETSCH Hans-Jürg, Die rechtliche Natur des militärischen Befehls, Diss. Zürich 1969 (zit.: Natur des militärischen Befehls)
- FORSTHOFF Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973 (zit.: Lehrbuch)
- FRANK Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., Tübingen 1931 (zit.: Strafgesetzbuch)
- FRIAUF Karl Heinrich, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, herausgegeben von Ingo von Münch, 5. Aufl., Berlin/New York 1979, 163 ff. (zit.: Polizei- und Ordnungsrecht)
- FRISCH Peter, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 13, Berlin 1973 (zit.: Fahrlässigkeitsdelikt)
- FRUEH Walo, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, Zürcher Diss., Winterthur 1962 (zit.: Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes)
- FUELLGRABE Uwe, Psychologische Probleme des Waffentragens, Die Polizei 65 (1974), 201 ff. (zit.: Psychologische Probleme des Waffentragens)
- FUKUDA Taira, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, Juristenzeitung 13 (1958) 143 ff. (zit.: Irrtum über Rechtfertigungsgründe)
- FURGER Jürg, Unrechtsbewusstsein, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, Rechtsirrtum, Zürcher Diss., Aarau 1957 (zit.: Unrechtsbewusstsein)
- FUTTERLIEB Raoul, Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess, Diss. Zürich 1978 (zit.: Personendurchsuchung)
- GALLAS Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 ff. (zit.: Stand der Lehre)

GEBHART Walter, Schusswaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge, Die Neue Polizei 33 (1979), 331 ff. (zit.: Schusswaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge)

GERMANN Oskar Adolf, Methodische Grundfragen, Schweizerische Criminalistische Studien, Bd. 1, Basel 1946 (zit.: Methodische Grundfragen)

-- Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 (zit.: Das Verbrechen)

-- Vorsatzprobleme, dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neueren Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts, ZStrR 77 (1961), 345 ff. (zit.: Vorsatzprobleme)

-- Auslegung und freie Rechtsfindung, ZStrR 55 (1941), 134 ff. (zit.: Auslegung und freie Rechtsfindung)

GIACOMETTI Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1, Zürich 1960 (zit.: Verwaltungsrecht)

GINTZEL Kurt, Zur Problematik des Schusswaffengebrauchs auf Anordnung, Die Polizei 63 (1972), 1 ff. (zit.: Problematik des Schusswaffengebrauchs)

GOBRECHT Werner, Probleme des Schusswaffengebrauchs, Die Polizei 62 (1971), 12 ff. (zit.: Schusswaffengebrauch)

GOETZ Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Göttingen 1970 (zit.: Polizeirecht)

GRETZINGER Axel, Grenzen des Tatbestandes und Rechtfertigungsgründe bei der persönlichen Begünstigung, Zugleich ein Beitrag zur Tatbestandslehre unter Berücksichtigung der sozialen Adäquanz, Diss. Freiburg im Breisgau 1969 (zit.: Grenzen des Tatbestandes)

GREINER August, Nochmals: Probleme des Schusswaffengebrauchs, Die Polizei 62 (1971) 104 ff. (zit.: Schusswaffengebrauch)

GRISEL André, Droit administratif Suisse, Neuchâtel 1975 (zit.: Droit administratif)

GUEGGI Bruno, Die Amtsanmassung und die Befehlsanmassung im schweizerischen Strafrecht, Freiburger Diss., Bern 1943 (zit.: Befehlsanmassung)

GULDENER Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit.: Zivilprozessrecht)

GUENTHER Hellmuth, Nochmals: Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i.S.d. § 113 Abs. 3 StGB, Neue Juristische Wochenschrift 26 (1973), 309 ff. (zit.: Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung)

GYGI Fritz, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Grundriss und Textausgabe, 2. Aufl., Bern 1974 (zit.: Verwaltungsrechtspflege)

- GYGI Fritz, Zur strafrechtlichen Ueberprüfung von Verwaltungsverfügungen, in: ZStrR 94 (1977), Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, herausgegeben von Hans Walder und Stefan Trechsel, Bern 1977, 399 ff. (zit.: Ueberprüfung)
- HAEFLIGER Arthur, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, ZStrR 80 (1964), 27 ff. (zit.: Die gebotene Tat)
- Das richterliche Ermessen bei Beurteilung der auf Befehl begangenen Straftat, ZStrR 75 (1959), 266 ff. (zit.: Straftat auf Befehl)
- HAERDY Oscar, Handkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch und Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb unter Berücksichtigung der Nebengesetze, 3. Aufl., Bern 1958 (zit.: Handkommentar)
- HAFTER Ernst, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit.: Lehrbuch, Allgemeiner Teil)
- Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Hälfte, Berlin 1943 (zit.: BT)
- Vorentwurf zu einem Schweizerischen Militärstrafgesetzbuch mit Motiven, Im Auftrage des schweizerischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern 1916 (zit.: Vorentwurf 1916 zum MSTG)
- HARRO Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539 ff. (zit.: Personales Unrecht)
- HARTMANN Alfred, Der Waffengebrauch des Polizisten, Kriminalistik 17 (1963), 227 ff. (zit.: Waffengebrauch)
- Der Waffengebrauch der Polizei, in: Festgabe für Max Obrecht, herausgegeben vom solothurnischen Juristenverein, Solothurn 1961, 331 ff. (zit.: Der Waffengebrauch der Polizei)
- HAUBENSACK Urs, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Ein Beitrag zur neuen zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Diss. Zürich 1975 (zit.: Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen ZPO)
- HAUSEN Fritz/SCHWEERS Ludwig, Die Zwangsmittel der Polizei, Ein Leitfaden für Schule und polizeiliche Praxis, Köln/Berlin/Bonn/München 1967 (zit.: Die Zwangsmittel der Polizei)
- HAUSER Robert, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Das Recht in Theorie und Praxis, Basel und Stuttgart 1978 (zit.: Strafprozessrecht)
- HAUSER Robert/REHBERG Jörg, Strafrecht I, Verbrechenslehre, Vorlesungsskriptum, Zürich 1976 (zit.: Strafrecht I)
- HEER Balthasar, Die Ersatzvornahme als verwaltungsrechtliche Sanktion, Zürcher Diss., St. Gallen 1975 (zit.: Die Ersatzvornahme)

- HEGNAUER Cyril, Zur Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen (Art. 285/286 StGB) SJZ 52 (1956), 101 ff. (zit.: Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen)
- HEIMANN-TROSIEN Georg, Einleitung, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin/New York 1974 (zit.: Leipziger Kommentar, Einleitung)
- HEISE Gerd/RIEGEL Reinhard, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, mit Begründung und Anmerkungen, 2. Aufl., München/Hannover 1978 (zit.: Musterentwurf)
- HEUSSER Kurt, Die Kriminal-Polizei des Bundes und der Kantone, Berner Diss., Zürich 1944 (zit.: Kriminalpolizei)
- HIMMELREICH Klaus, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 70, Berlin/New York 1971 (zit.: Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit)
- HIRSCH Burkhard, Der Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, Die Polizei 68 (1978), 101 f. (zit.: Musterentwurf)
- HIRSCH Hans-Joachim, Vorbem. zu § 51, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin/New York 1974 (zit.: Leipziger Kommentar)
- Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78 ff. (zit.: Soziale Adäquanz)
- HIRSCHBOECK Theo, Eigensicherung im Polizeidienst, Kriminalistik 31 (1977), 115 f. (zit.: Eigensicherung)
- HOESE Friedrich, Probleme des polizeilichen Schusswaffengebrauchs, Die Polizei 65 (1974), 132 ff. (zit.: Probleme des Schusswaffengebrauchs)
- HOFFMANN-RIEM Wolfgang, "Anscheingefahr" und "Anscheinverursachung" im Polizeirecht, in: Verfassung, Verwaltung, Finanzen, Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Klaus Vogel und Klaus Tipke, Köln-Marienburg 1972, 327 ff. (zit.: "Anscheingefahr" und "Anscheinverursachung")
- HOFMANN Emil, Der rechtswidrige, insbesondere der verbindliche rechtswidrige Befehl im schweizerischen Strafrecht, Berner Diss., Zürich 1938 (zit.: Der rechtswidrige Befehl)
- HOLLAND Klaus, Bundeseinheitliche Richtlinien über die Anwendung unmittelbaren Zwanges auf Anordnung des Staatsanwalts, Monatsschrift für deutsches Recht 28 (1974), 374 f. (zit.: Richtlinien)
- HOWALD Kurt, Gedanken zur polizeilichen Bewaffnung, Der Polizeibeamte 59 (1978), 146 ff. (zit.: Gedanken zur polizeilichen Bewaffnung)

- HOWALD Kurt, Schusswaffen von heute und morgen, Der Polizeibeamte 57 (1976), 146 ff. (zit.: Schusswaffen)
- HUBER Eugen, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Basel 1921 (zit.: Recht und Rechtsverwirklichung)
- HUBER Hans, Die Verfassungsmässigkeit der Interkantonalen Mobilen Polizei, SJZ 66 (1970), 333 ff. (zit.: IMP)
- Ueber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, ZSR, Neue Folge, Bd. 96 (1977), I Halband, 1 ff. (zit.: Verhältnismässigkeit)
- HUEBNER Klaus, Erfahrungen mit dem Einsatz von Dienstpferden, Die Polizei 60 (1969), 330 ff. (zit.: Erfahrung mit Dienstpferden)
- HUEBNER Siegfried F., Internationale Polizei-Taktiken und Ausbildungen, Schwäbisch Hall 1978 (zit.: Polizei-Taktiken)
- Combat-Schiess-Technik, Stuttgart 1970 (zit.: Combat-Schiess-Technik)
- HUG Thomas, Schusswaffengebrauch durch die Polizei, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 20, Diss. Zürich 1980 (zit.: Schusswaffengebrauch)
- HUGGENBERGER Julius, Das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei Verbrechen und Vergehen im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1947 (zit.: Ermittlungsverfahren)
- HUMMEL-LILIJEGREN Hermann, Der gezielt tödliche Schuss ist geltendes Recht - wozu ihn "einführen"?, Die Polizei 68 (1977), 373 ff. (zit.: Der tödliche Schuss)
- JACOBS Günther, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin/New York 1972 (zit.: Fahrlässiges Erfolgsdelikt)
- JAEGER Friedrich, Zum Schusswaffengebrauch gegen erpresserische Entführer, Die Polizei 63 (1972), 229 ff. (zit.: Zum Schusswaffengebrauch)
- JAHN Günter, Versuch einer statistischen Analyse von Straftaten mit Geiselnahme, Kriminalistik 31 (1977), 97 ff. (zit.: Statistik der Geiselnahme)
- JELLINEK Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914 (zit.: Allgemeine Staatslehre)
- JELLINEK Walter, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Eine verwaltungs- und prozessrechtliche Studie, Tübingen 1908 (zit.: Der fehlerhafte Staatsakt)
- Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948 (zit.: Verwaltungsrecht)

- JELLINEK Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen 1913 (zit.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung)
- JESCHEK Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1978 (zit.: Lehrbuch)
- Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1965 (zit.: Aufbau der Fahrlässigkeit)
- IMBODEN Max, Der nichtige Staatsakt, Eine verwaltungsrechtliche Studie, Zürcher Habilitationsschrift, Zürich 1944 (zit.: Nichtigkeit)
- Strafergerichtliche Verwaltungskontrolle, ZStrR 75 (1959), 139 ff. (zit.: Verwaltungskontrolle)
- IMBODEN Max/RHINOW René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, 2 Bde., 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976 (zit.: Verwaltungsrechtsprechung)
- JOST Andreas, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffes im schweizerischen Recht, Berner Diss., Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 438, Bern 1975 (zit.: Polizeibegriff)
- KAUFMANN Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Göttingen 1954 (zit.: Normentheorie)
- Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, Juristenzeitung 10 (1955), 37 ff. (zit.: Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung)
- Das fahrlässige Delikt, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 5 (1964), 41 ff. (zit.: Das fahrlässige Delikt)
- Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans-Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs und Fritz Loos, Berlin/New York 1974, 393 ff. (zit.: Lehre des personalen Unrechts)
- Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34 ff. (zit.: Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf)
- KAUFMANN Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Mainz 1949 (zit.: Unrechtsbewusstsein)
- Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, herausgegeben von

- Paul Bockelmann und Wilhelm Gallas, Göttingen 1961, 200 ff. (zit.: Hypothetische Erfolgsursachen)
- KELLER Othmar, Der Polizeihund im Grossen Sicherheits- und Ordnungsdienst, Die Polizei 60 (1969), 33 ff. (zit.: Der Polizeihund)
- KELSEN Hans, Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960 (zit.: Reine Rechtslehre)
- KERN Eduard, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 255 ff. (zit.: Grade der Rechtswidrigkeit)
- KIENAPFEL Diethelm, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Frankfurt am Main 1966 (zit.: Erlaubtes Risiko)
- KINNEN Dieter, Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung, Monatsschrift für deutsches Recht 28 (1974), 631 ff. (zit.: Notwehr und Nothilfe)
- KIRCHHOF Paul, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus öffentlichrechtlicher Sicht, in: Aktuelle Probleme des Polizeirechts (unter Berücksichtigung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder), herausgegeben von Detlef Merten, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 64, Berlin 1977, 67 ff. (zit.: Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten)
- KLINKHARDT Ingo, Die Selbsthilferechte des Amtsträgers, Verwaltungsarchiv 55 (1964), 264 ff. und 297 ff. sowie 56 (1965), 60 ff. (zit.: Selbsthilferechte des Amtsträgers)
- KLOSE Peter, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr, ZStW 89 (1977), 61 ff. (zit.: Notrecht des Staates)
- KLUG Ulrich, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Paul Bockelmann und Wilhelm Gallas, Göttingen 1961, 249 ff. (zit.: Sozialkongruenz)
- KOENIG Hans-Günther, Der unmittelbare Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes, Neue Juristische Wochenschrift 14 (1961), 1711 f. (zit.: Unmittelbarer Zwang)
- KOHLI Ulrich A., Handeln auf Befehl im schweizerischen Militärstrafrecht, Berner Diss., Bern/Frankfurt am Main 1975 (zit.: Handeln auf Befehl)
- KRAUSS Detlef, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964), 19 ff. (zit.: Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht)
- KREY Volker, Strafrecht, Besonderer Teil, in systematisch induktiver Darstellung, Bd. 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1972 (zit.: Strafrecht, BT)

- KREY Volker, Der Münchner Schiessbefehl - Grenzen des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechtes gegenüber der Polizei, Zeitschrift für Rechtspolitik 4 (1971), 224 ff. (zit.: Der Münchner Schiessbefehl)
- KREY Volker/MEYER Wolfgang, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, Zeitschrift für Rechtspolitik 6 (1973), 1 ff. (zit.: Staatsanwaltschaft und Polizei)
- KRUEGER Ralf, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, Schriftenreihe "Polizei aktuell", Bd. 2, 4. Aufl., Stuttgart/München/Hannover, 1979 (zit.: Polizeilicher Schusswaffengebrauch)
- Anmerkungen zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, Die Polizei 69 (1978), 337 ff. (zit.: Musterentwurf)
- Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch, Neue Juristische Wochenschrift 26 (1973), 1 ff. (zit.: Bewusste Tötung)
- Notwendigkeit und Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung der bewussten Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 29 (1975), 385 ff. und 441 ff. (zit.: Kriminalistik 29)
- KUMMER Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978 (zit.: Grundriss des ZPR)
- LABAND Paul, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901 (zit.: Staatsrecht I)
- LANDMANN Valentin, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1975 (zit.: Notwehr, Notstand und Selbsthilfe)
- LANGE Wilfried, Der neue Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes - Fragwürdiges Schusswaffengebrauchsrecht, Monatsschrift für deutsches Recht 31 (1977), 10 ff. (zit.: Musterentwurf)
- Probleme des polizeilichen Waffengebrauchsrechts, Monatsschrift für deutsches Recht 28 (1974), 357 ff. (zit.: Waffengebrauchsrecht)
- LARENZ Karl, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Frankfurt am Main 1969, 150 ff. (zit.: Rechtssatz als Bestimmungssatz)
- LENCKNER THEODOR, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Frankfurt am Main 1969, 490 ff. (zit.: Technische Normen und Fahrlässigkeit)
- Der rechtfertigende Notstand, Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 14, Tübingen 1965 (zit.: Notstand)

- LENCKNER Theodor, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, herausgegeben von Friedrich Geerds und Wolfgang Naucke, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Berlin 1966, 165 ff. (zit.: Das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung)
- LENDI Martin, Legalität und Ermessensfreiheit, Zürcher Diss., St. Gallen 1958 (zit.: Legalität und Ermessensfreiheit)
- LERCHE Peter, Der gezielt tödlich wirkende Schuss nach künftigem einheitlichem Polizeirecht, Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten, in: Um Recht und Freiheit, Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres, herausgegeben von Heinrich Kipp, Franz Mayer, Armin Steinkamm, Bd. 2, Berlin 1977, 1033 ff. (zit.: Der gezielt tödliche Schuss)
- LINDER Georg-Wulf, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges durch die Vollzugspolizei, Dargestellt an Hand der in Hessen und im Bund geltenden Vorschriften, Frankfurter öffentlichrechtliche Studien, Bd. 1, Diss. Frankfurt am Main 1973 (zit.: Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges)
- Notrechtsvorbehalte und polizeiliche Praxis, Die Polizei 63 (1972), 276 ff. (zit.: Notrechtsvorbehalte)
- LOEW Walter, Recht und Praxis des polizeilichen Schusswaffengebrauchs, Die Polizei 59 (1968), 363 ff. (zit.: Schusswaffengebrauch)
- LOGOZ Paul, Commentaire du Code Pénale Suisse, Partie générale (Art. à 110), 2. Aufl., Neuchâtel/Paris 1976 (zit.: Kommentar)
- LUDWIG Walter, Die rechtlichen Probleme bei Straftaten mit Geiselnahme, Die Polizei 68 (1977), 110 ff. (zit.: Straftaten mit Geiselnahme)
- MANGOLDT Hermann/KLEIN Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt am Main 1957 (zit.: Das Bonner Grundgesetz)
- MANKE Klaus, Die gerichtliche Voruntersuchung in Frankreich, Oesterreich, Italien und der Schweiz, Diss. Freiburg im Breisgau, München 1966 (zit.: Voruntersuchung)
- MARTENS Wolfgang, Wandlungen des Polizeibegriffs, Generalklausel und Spezialermächtigungen, Die Generalermächtigung zur Gefahrenabwehr, Polizeipflichtige Personen, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Bd. 2, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1977 (zit.: Drews/Wacke)
- MAURACH Reinhart/ZIPF Heinz, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1977 (zit.: Strafrecht, AT)

- MAYER Franz, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, Berlin 1963 (zit.: Opportunitätsprinzip)
- MAYER Hellmuth, Der bindende Befehl im Strafrecht, in: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd. 1, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag am 16. August 1930, Tübingen 1930, 598 ff. (zit.: Der bindende Befehl)
- MAYER Max Ernst, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch, Heidelberg 1915 (zit.: Strafrecht, AT)
- Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in: Festschrift Paul Laband, gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg, Tübingen 1908, 119 ff. (zit.: Der rechtswidrige Befehl)
- MAYER Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bde. 1 und 2, 3. Aufl., München/Leipzig 1924 (zit.: Deutsches Verwaltungsrecht)
- MEIER-HAYOZ Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürcher Habilitationsschrift, Zürich 1951 (zit.: Der Richter als Gesetzgeber)
- MERK Wilhelm, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., Berlin 1962/1970 (zit.: Deutsches Verwaltungsrecht)
- MERTEN Detlef, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, in: Aktuelle Probleme des Polizeirechts (unter Berücksichtigung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder), herausgegeben von Detlef Merten, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 64, Berlin 1977, 85 ff. (zit.: Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch)
- MERTEN Karlheinz, Das Verhältnis Staatsanwaltschaft - Polizei, Die Polizei 70 (1979), 390 ff. (zit.: Staatsanwaltschaft - Polizei)
- MEYER Wolfgang, Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i.S. des § 113 Abs. 3 StGB, Neue Juristische Wochenschrift 25 (1972), 1845 ff. (zit.: Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung)
- MEZGER Edmund/BLEI Hermann, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 17. Aufl., München 1977 (zit.: Strafrecht I)
- MIKUTEIT Reinhold, Was an der Ausbildung der Bereitschaftspolizei ist reformbedürftig?, Die Polizei 61 (1970), 220 ff. (zit.: Ausbildung)
- MOELLERS Hermann, Polizeilicher Schusswaffengebrauch bei Geiselnahme - ein ethisches Problem, Die Polizei 65 (1974), 164 ff. (zit.: Geiselnahme)
- MUELLER Heinrich, Ueber Präventivpolizei, Diss. Zürich 1937 (zit.: Präventivpolizei)

- MUELLER Heinrich Andreas, Der Verwaltungszwang, Diss. Zürich 1975 (zit.: Der Verwaltungszwang)
- MUELLER Jörg P., Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR, Neue Folge, Bd. 90 (1971) I Halbband, 457 ff. (zit.: Recht auf Leben)
- MUELLER Kurt, Notwehr und Notwehrexzess nach dem neuen Schweizerischen Strafgesetz, Berner Diss., Sulgen 1948 (zit.: Notwehr und Notwehrexzess)
- von MUENCH Ingo, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens, Berlin/New York 1979, 1 ff. (zit.: Verwaltungsrecht)
- MUENZBERG Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt am Main 1966 (zit.: Verhalten und Erfolg)
- NAEGELI W., Einleitung der Strafuntersuchung und Zusammenarbeit mit der Polizei, Kriminalistik 24 (1970), 155 ff., 201 ff., 257 ff., 363 ff., 413 ff. (zit.: Strafuntersuchung)
- NOLL Peter, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Schweizerische Criminalistische Studien, Bd. 10, Basel 1955 (zit.: Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe)
- Strafrecht I, Allgemeine Lehren, Vorlesungsskriptum, Zürich 1974 (zit.: Strafrecht I)
- Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, ZStrR 80 (1964), 160 ff. (zit.: Rechtfertigungsgründe)
- Technische Methoden zur Ueberwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, ZStrR 91 (1975), 45 ff. (zit.: Ueberwachung)
- Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1 ff. (zit.: Tatbestand und Rechtswidrigkeit)
- OBERLE Max, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Zürcher Diss., Affoltern am Albis 1952 (zit.: Verhältnismässigkeitsprinzip)
- OBERMAYER Klaus, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, 2. Aufl., Stuttgart/München/Hannover 1975 (zit.: Grundzüge des Verwaltungsrechts)
- OSSENBUEHL Fritz, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, Die Oeffentliche Verwaltung 24 (1971), 513 ff. (zit.: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht)

- OTTO Johannes, Polizeigas- oder Wasserwerfer?, Die Polizei 56 (1965), 113 ff. (zit.: Polizeigas)
- PAUST Dietrich, Der Polizei-Wasserwerfer "Kfz 56/3 gl", Die Polizei 60 (1969), 271 ff. (zit.: Polizeiwasserwerfer)
- PETRY Jakob/SCHREMPF Alfred, Dokumentation zum Einsatz chemischer Kampfstoffe bei der Polizei, 2. Aufl., Eschborn 1977 (zit.: Petry/Schrempf)
- PETRZILKA Werner, Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2 Bde., Winterthur 1942 (zit.: Erläuterungen)
- PIOCH Hans-Hugo, Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (UZwG), Köln/Berlin/Bonn/München 1963 (zit.: UZwG)
- POPP Peter Paul, Die Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (MStG 72), Berner Diss., Zürich 1976 (zit.: Nichtbefolgung von Dienstvorschriften)
- POSSELT Horst, "Polizeizwang" nach neuer Rechtslage - aus der Sicht eines Polizeivollzugsbeamten Bayerns -, Die neue Polizei 32 (1978), 208 ff. (zit.: Polizeizwang)
- REHBERG Jörg, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 236, Zürich 1962 (zit.: Erlaubtes Risiko)
- Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Vorlesungsskriptum, 2. Aufl., Zürich 1977 (zit.: Strafrecht II)
- Das Fahrlässigkeitsdelikt, Recueil des travaux suisses, présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976, 237 ff. (zit.: Fahrlässigkeitsdelikt)
- Der Schusswaffengebrauch der Polizei in strafrechtlicher Sicht, Kriminalistik 30 (1976), 563 ff. und 31 (1977), 35 ff., 81 ff., 128 ff. (zit.: Schusswaffengebrauch, Kriminalistik)
- REHBINDER Manfred, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113 StGB, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1963, 33 ff. (zit.: Rechtmässigkeit der Amtsausübung)
- REISINGER Raimund, Zu wünschen: Schnelle Reaktion und viel, viel Glück, Zur Rechtsproblematik bei der Eigensicherung im Polizeidienst, Kriminalistik 30 (1976), 558 f. (zit.: Schnelle Reaktion)
- RIEDER Rolf, Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess, Diss. Zürich 1964 (zit.: Untersuchungsverfahren)
- RIETER Fritz, Handeln wider Befehl, Neujahrsblatt der Feuerwerker-Gesellschaft (Artillerie-Kollegium) in Zürich auf das Jahr 1953, Zürich 1953 (zit.: Handeln wider Befehl)

- RISKEN Arno, Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 87, Berlin 1969 (zit.: Grenzen amtlicher Weisungen)
- ROEDER Hermann, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, Schriften zum Strafrecht, Bd. 10, Berlin 1969 (zit.: Sozialadäquates Risiko)
- ROOS Gottfried, Die Vollstreckung im bernischen Verwaltungsrecht, MBVR 45 (1947), 113 ff. (zit.: Vollstreckung)
- Die verwaltungsrechtliche Seite der Ungehorsamsstrafe, ZBJV 79 (1943), 481 ff. (zit.: Ungehorsamsstrafe)
- ROSTEK Holger, Der rechtlich unverbindliche Befehl, Ein Beitrag zur Effektivitätskontrolle des Rechts, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 25, Berlin 1971 (zit.: Unverbindlicher Befehl)
- ROXIN Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburger Rechtsstudien, 2. Aufl., Berlin 1970 (zit.: Offene Tatbestände)
- Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 411 ff. (zit.: Pflichtwidrigkeit und Erfolg)
- Literaturbericht, Allgemeiner Teil, ZStW 78 (1966), 214 ff. (zit.: Literaturbericht)
- Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369 ff. (zit.: Ein neues Bild)
- RUCK Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. 1 und 2, 3. Aufl., Zürich 1951/1953 (zit.: Verwaltungsrecht)
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, herausgegeben von Walter Stree, Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, München 1978, 73 ff. (zit.: Die pflichtgemäße Prüfung)
- Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Friedrich-Christian Schröder und Heinz Zipf, Karlsruhe 1972, 51 ff. (zit.: Handlungsunwert und personale Unrechtslehre)
- RUPPRECHT Reinhard, Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, Juristenzeitung 28 (1973), 263 ff. (zit.: Die tödliche Abwehr)
- Polizeilicher Todesschuss und Wertordnung des Grundgesetzes, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Gerhard Leibholz, Hans-Joachim Faller, Paul Mikat, Hans Reis, Tübingen 1974, 781 ff. (zit.: Todesschuss und Wertordnung)

- RUPPRECHT Reiner, Neue Richtlinien: Staatsanwaltschaft und Polizei, Die Polizei 65 (1974), 270 ff. (zit.: Staatsanwaltschaft und Polizei)
- RUTZ Magdalena, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, ZStrR 89 (1973), 358 ff. (zit.: Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts)
- SALADIN Peter, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 2. Aufl., Bern 1975 (zit.: Grundrechte)
- SCHAFFSTEIN Friedrich, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, herausgegeben von Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans-Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günter Jakobs und Fritz Loos, Berlin/New York 1974, 557 ff. (zit.: Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte)
- Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Gedächtnisschrift für Horst Schröder, herausgegeben von Walter Stree, Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, München 1978, 97 ff. (zit.: Strafrechtliche Notrechte des Staates)
- Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369 ff. (zit.: Soziale Adäquanz)
- SCHINDLER Dietrich, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, ZSR, Neue Folge, Bd. 94 (1975), I Halbband, 357 ff. (zit.: EMRK)
- SCHMATZ Hans Peter, Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 40, Berlin 1966 (zit.: Opportunitätsprinzip)
- SCHMID Alexander, Die Staatsanwaltschaft im bündnerischen Recht, Diss. Zürich 1967 (zit.: Staatsanwaltschaft)
- SCHMIDHAEUSER Eberhard, Der Unrechtstatbestand, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Frankfurt am Main 1969, 433 ff. (zit.: Der Unrechtstatbestand)
- Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959), 545 ff. (zit.: Objektive Strafbarkeitsbedingungen)
- Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, herausgegeben von Gerald Grünwald, Olaf Miehe, Hans-Joachim Rudolphi und Hans-Ludwig Schreiber, Göttingen 1975, 129 ff. (zit.: Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung)
- Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, in: Aktuelle Probleme des Polizeirechts (unter Berücksichtigung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der

Länder), herausgegeben von Detlef Merten, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 64, Berlin 1977, 53 ff. (zit.: Notwehr und Nothilfe)

SCHMIDT Joachim, Nochmals: Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch, Neue Juristische Wochenschrift 26 (1973), 449 f. (zit.: Bewusste Tötung)

SCHNEEBERGER Josef, Ordnungsbehördliches Ermessen und Rechtsanspruch auf Eingriff gegen Dritte, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Vorträge und Diskussionsbeiträge des 30. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskurses der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13, Berlin 1962, 77 ff. (zit.: Ordnungsbehördliches Ermessen)

SCHNEIDER René, Das Widerstandsrecht in Staatsrecht und Staatstheorie der Gegenwart, Zürcher Diss., Winterthur 1964 (zit.: Widerstandsrecht)

SCHNUPP Günther, Recht und Praxis des polizeilichen Schusswaffengebrauchs, Die Polizei 65 (1974), 129 ff. (zit.: Polizeilicher Schusswaffengebrauch)

-- Die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeivollzugsbeamte, Die Polizei 62 (1971), 261 ff. und 303 ff. (zit.: Zwangsanwendung durch Polizeibeamte)

SCHOCH Robert, Der Ungehorsam im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss. Bern 1943 (zit.: Ungehorsam)

SCHOENKE Adolf/BAUR Fritz, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1978 (zit.: Schönke/Baur)

SCHOENKE Adolf/SCHROEDER Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser und Walter Stree, 20. Aufl., München 1980 (zit.: Schönke/Schröder)

SCHOLLER Heinrich/BROSS Siegfried, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1978 (zit.: Scholler/Bross)

SCHREIBER Manfred, Kindesentführungen, Versuch einer Zwischenbilanz anhand des Falles Luhmer aus vorwiegend kriminalpolitischer Sicht, Kriminalistik 25 (1971), 225 ff. (zit.: Kindesentführungen)

SCHREMPF Alfred, Chemical Mace - Wie gefährlich ist Chloracetophenon?, Chemie in unserer Zeit 12 (1978), 146 ff. (zit.: Chemical Mace)

SCHROEDER Friedrich-Christian, Polizei und Geiseln, Der Münchner Bankraub, Aktuelle Dokumente, herausgegeben von Ingo von Münch, Berlin/New York 1972 (zit.: Polizei und Geiseln)

-- Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, herausgegeben von

Friedrich-Christian Schröder und Heinz Zipf, Karlsruhe 1972, 127 ff. (zit.: Notwehr)

- §§ 15 - 18, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek, Wolfgang Russ, Günther Willms, 10. Aufl., 21. Lieferung, Berlin/New York 1980 (zit.: Leipziger Kommentar)

SCHROEDER Horst, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), 178 ff. (zit.: Irrtumsrechtsprechung)

- Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, ZStrR 76 (1960), 1 ff. (zit.: Die Not)

SCHUETZ Alfred, Die Kriminalpolizei im Kanton Zürich, Ihre Eingriffe in die Freiheiten und Rechte der Bürger durch zwangsrechtliche Fahndungs- und Erforschungsmittel, Zürcher Diss., Aarau 1956 (zit.: Kriminalpolizei)

SCHULTZ Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Ein Grundriss, Bd. 1, Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 3. Aufl., Bern 1977 (zit.: Allgemeiner Teil, Bd. 1)

- Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Ein Grundriss, Bd. 2, Die kriminalrechtlichen Sanktionen, Das Jugendstrafrecht, 3. Aufl., Bern 1977 (zit.: Einführung II)

- Der strafrechtliche Begriff der Gewalt, ZStrR 67(1952), 340 ff. (zit.: Begriff der Gewalt)

- Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1968, ZBJV 105 (1969), 381 ff. (zit.: Rechtsprechung)

- Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung über den Sachverhaltsirrtum, StrGB 19, ZStrR 77 (1961), 74 ff. (zit.: Sachverhaltsirrtum)

SCHUMACHER Klaus, Zur Problematik des gezielten polizeilichen Todesschusses in Extremsituationen, Die Polizei 64 (1973), 257 ff. (zit.: Problematik des Todesschusses)

SCHWABE Jürgen, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, Schriftenreihe "Polizei aktuell", Bd. 29, Stuttgart/München/Hannover 1979 (zit.: Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts)

- Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, Neue Juristische Wochenschrift 30 (1977), 1902 ff. (zit.: Rechtfertigungsgründe für Hoheitshandeln)

SCHWANDER Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964 (zit.: Strafgesetzbuch)

- SCHWARZENBACH Hans Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine Einführung für Behördemitglieder, Beamte und Studierende, 6. Aufl., Bern 1975 (zit.: Verwaltungsrecht)
- SCHWARTZ Paul, Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, BJM 1970, 1 ff. (zit.: Adäquate Kausalität)
- SECHSER Erich, Staatsanwaltschaft und Polizei, Kriminalistik 25 (1971), 349 ff. (zit.: Staatsanwaltschaft und Polizei)
- SEEBODE Manfred, Strafverfolgung nach Polizeirecht? Kritische Bemerkungen zum Musterentwurf einheitlicher Polizeigesetze, Monatsschrift für deutsches Recht 30 (1976), 537 ff. (zit.: Strafverfolgung nach Polizeirecht)
- SEELMANN Kurt, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, Heidelberg/Hamburg 1978 (zit.: § 34 StGB)
- SIDLER Max, Widersetzlichkeit und Beamtennötigung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1974 (zit.: Widersetzlichkeit)
- SIEDSCHLAG Wolfgang, Zur Diskussion um die Bewaffnung der Polizei, Die Polizei 62 (1971), 208 ff. (zit.: Zur Diskussion um die Bewaffnung der Polizei)
- SIEGRIST Karl, Probleme aus dem Gebiete der Realexekution, Analoge Anwendung von Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes in der kantonalen Zwangsvollstreckung, Zürcher Diss., Winterthur 1958 (zit.: Probleme aus dem Gebiet der Realexekution)
- SPIILLMANN Walter, Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafbgesetzbuch, Zürcher Diss., Winterthur 1963 (zit.: Strafausschliessungsgründe)
- STAMMEL H.J., Mit gebremster Gewalt, Polizei Waffen von heute und morgen, Stuttgart 1974 (zit.: Polizei Waffen)
- Zivile Universal-Verteidigungswaffe: Was garantiert Chemical Mace wirklich?, Deutsches Waffen-Journal 1976, 1298 ff. (zit.: Zivile Universalverteidigungswaffe)
- STEIN Leonhard, Waffengebrauch und Anwendung anderer physischer Zwangsmittel seitens staatlicher Organe, ZStrR 51 (1937), 285 ff. (zit.: Waffengebrauch und andere physische Zwangsmittel)
- STEINER Georg, Tränengas - Ja oder Nein?, Die Polizei 69 (1970), 151 ff. (zit.: Tränengas)
- STOOS Carl, Der gesetzliche Tatbestand und seine Ausnahmen, ZStrR 23 (1910), 309 ff. (zit.: Der gesetzliche Tatbestand)

STRATENWERTH Günter, Verantwortung und Gehorsam, Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, Habilitationsschrift, Tübingen 1958 (zit.: Verantwortung)

- Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, Bern 1974 (zit.: BT II)
- Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1976 (zit.: AT)
- Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41 ff. (zit.: Prinzipien der Rechtfertigung)
- Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, herausgegeben von Karl Lackner, Heinz Leferenz, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp und Ernst Amadeus Wolff, Berlin/New York 1973, 227 ff. (zit.: Risikoerhöhung)
- Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, herausgegeben von Gerald Grünwald, Olaf Miehe, Hans-Joachim Rudolphi und Hans-Ludwig Schreiber, Göttingen 1975, 177 ff. (zit.: Relevanz des Erfolgsunwertes)
- Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, ZStrR 81 (1965), 179 ff. (zit.: Finale Handlungslehre)
- Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, ZStrR 79 (1963), 233 ff. (zit.: Handlungs- und Erfolgsunwert)

STRECKEISEN Otto, Die Notwehr speziell nach thurgauischem Recht und schweizerischem Strafgesetz, Berner Diss., Zürich 1939 (zit.: Notwehr)

THORMANN Philipp/von OVERBECK Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Bde. 1 und 2, Zürich 1940/1941 (zit.: Das Strafgesetzbuch)

TOENDURY Gian Robert, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht, Diss. Zürich 1947 (zit.: Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht)

TOENDURY Guolf, Die Staatsanwaltschaft im aargauischen Strafprozess, Diss. Zürich 1972 (zit.: Staatsanwaltschaft)

TRIFFTERER Otto, Der tödliche Fehlschuss der Polizei, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 20.3.1975 - 4 StR 7/75 (MDR 1975, 675), Monatsschrift für deutsches Recht 30 (1976), 335 ff. (zit.: Der tödliche Fehlschuss)

ULE Carl Hermann/RASCH Ernst, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, herausgegeben von M. von Brauchitsch, neu herausgegeben von Carl Hermann Ule, Bd. 3, 1. Halbband, Köln/Berlin/Bonn/München 1965 (zit.: Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht)

- ULSENHEIMER Klaus, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, Juristen-Zeitung 14 (1969), 364 ff. (zit.: Ulsenheimer)
- VOGE, Klaus, Organisationsrecht, Polizeiliches Handeln, Rechtsschutz und Ausgleichsansprüche, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Bd. 2, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1975 (zit.: Drews/Wacke/Vogel/Martens)
- WACKE Gerhard, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, Juristen-Zeitung 17 (1962), 187 ff. und 199 ff. (zit.: Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang)
- WAGNER Heinz, Amtsverbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 24, Berlin 1975 (zit.: Amtsverbrechen)
- Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung - OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142, Juristische Schulung 18 (1975), 224 ff. (zit.: Rechtmässigkeit der Amtsausübung)
- WALDES Hans, Probleme bei Fahrlässigkeitsdefiziten, JBW 104 (1968), 161 ff. (zit.: Fahrlässigkeitsdelikte)
- Die Kausalität im Strafrecht, ZStR 93 (1977), 113 ff. (zit.: Kausalität)
- WALDER-BÖHNER Hans Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein Handbuch, 2. Aufl., Zürich 1979 (zit.: Zivilprozess)
- WARDA Günter, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Friedrich-Christian Schröder und Heinz Tipt, Karlsruhe 1977, 143 ff. (zit.: Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen)
- WILKE Hans, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969 (zit.: Strafrecht)
- Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislativisches Problem, ZStW 67 (1955), 196 ff. (zit.: Vorsatz und Irrtum)
- WIVIKY Oskar, Zur Problematik des Geiselschutzes durch Schusswaffengebrauch, Die Polizei 62 (1971), 293 ff. (zit.: Geiselschutz durch Schusswaffengebrauch)
- WITTSCHOREK Gerhard, Die Schiessausbildung der deutschen Polizei: ein Trauerspiel?, Die Polizei 62 (1971), 202 ff. (zit.: Schiessausbildung)
- WILDHABER Luzius, Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Artikel 5 und 8, ZSR, Neue Folge, Bd. 94 (1976), I Halbband, 511 ff. (zit.: Konvention)

WIL: Alexander, Schuld und Irrtum im schweizerischen Strafrecht, Berner Diss., Winterthur 1960 (zit.: Schuld und Irrtum)

WIMMER August, Amplitude der verkehrsrichtigen Gefährdung, ZStW 75 (1963), 420 ff. (zit.: Verkehrsrichtige Gefährdung)

-- Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt, ZStW 70 (1958), 196 ff. (zit.: Fahrlässigkeit)

VON WINTERFELD Achim, Der Todesschuss der Polizei, Neue Juristische Wochenschrift 25 (1972), 1881 ff. (zit.: Der Todesschuss der Polizei)

WOL: Adolf, Reizstoffwaffen als Mittel zur Selbstverteidigung, Deutsches Waffen-Journal 1960, 1284 f. (zit.: Reizstoffwaffen als Mittel zur Selbstverteidigung)

WOLFF Hans/BACHOF Otto, Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, Bd. 1, 9. Aufl., München 1974, Bd. 2, 4. Aufl., München 1976, Bd. 3, 4. Aufl., München 1978 (zit.: Verwaltungsrecht)

WOLTER Jürgen, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1977, 257 ff. (zit.: Adäquanz- und Relevanztheorie)

-- Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung - zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt -, ZStW 89 (1977), 649 ff. (zit.: Irrtum über den Kausalverlauf)

ZIEHLKE Dietrich, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 14, Berlin 1972 (zit.: Handlungs- und Erfolgsunwert)

ZIMMERLI Ulrich, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Versuch einer Übersichtsbestimmung, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1970, 1 ff. (zit.: Verhältnismässigkeit)

ZISF Heinz, Rechtserfordernisse und sozial adäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970), 633 ff. (zit.: Sozialadäquates Verhalten)

ZIPPELIUS Reinhold, Das Wesen des Rechts, Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 3. Aufl., München 1973 (zit.: Das Wesen des Rechts)

Weitere Literaturangaben finden sich in den Fussnoten.

Die Dissertation von STÄSSER Stefan, Polizeiliche Zwangsmassnahmen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 26, Diss. Zürich 1981, konnte nicht mehr berücksichtigt werden, da die vorliegende Arbeit bei deren Erscheinen bereits fertiggestellt war.

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Tübingen)
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Berlin/Köln)
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung(en)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DMuE	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, Text und Begründung gemäss Be- schluss der Innenministerkonferenz vom 25. November 1977
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln/Berlin)
DWJ	Deutsches Waffen-Journal (Schwäbisch Hall)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfrei- heiten vom 4. November 1950
Erw.	Erwägung
f./ff.	folgende
Gfr.	Gefreiter
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GVBl.	Gesetzes- und Ordnungsblatt
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Aus- bildung (München und Frankfurt)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Kpl.	Korporal
lit.	litera
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Köln/Hamburg)

m.E.	meines Erachtens
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927
MuDA 51	Muster-Dienstanweisung über den Gebrauch der Schusswaffe durch die Polizei vom 19.12.1951
MuDA 76	Muster-Dienstanweisung über den Gebrauch der Schusswaffe durch die Polizei vom 18.5.1976
N.	Note
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Berlin/Frankfurt am Main)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (Chur)
PAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei vom 14.8.1978 (GVBl. 1978, 561), Bayern
Pm	Polizeimann
PS	Polizeisoldat
S.	Seite
sc.	scilicet
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
s.l.	sine loco
StGB	Strafgesetzbuch; Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozessordnung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
StVG	Bundesgesetz vom 26. März 1969, BGBl. Nr. 144, Ueber den Vollzug von Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Massnahmen (Strafvollzugsgesetz - StVG), Oesterreich
usw.	und so weiter
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes vom 10. März 1961, Deutschland
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VwG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968
WGG	Bundesgesetz vom 27. März 1969, BGBl. Nr. 149, Ueber den Waffengebrauch von Organen der Bundespolizei, der Bundesgendarmarie und der Gemeindewachkörper (Waffengebrauchsgesetz 1969), Oesterreich
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin/New York)
z.T.	zum Teil

1. KAPITEL

GRUNDLAGEN

§ 1 BEGRIFF UND ARTEN DES UNMITTELBAREN ZWANGES

A) BEGRIFF UND ARTEN DES ZWANGES

Zwang ist vorab ein Uebel (1). Dies gilt sowohl für den, der den Zwang zu erdulden, als auch für denjenigen, der ihn auszuüben hat, da der letztere entgegen den Massstäben handeln muss, die für den Regelfall in der Gesellschaft anerkannt sind und auch von ihm selbst bejaht werden (2).

Die Erfahrung lehrt, dass jedes Recht nur gilt, soweit und solange es durchgesetzt wird (3). Eine Norm, die nicht verwirklicht werden kann, ist keine Rechtsnorm, sondern allenfalls eine sittliche Norm oder eine unverbindliche Empfehlung (4). Sie vermag die von ihr geforderte Veränderung in der Seinswelt nicht zu bewirken, sofern ihr der Verpflichtete nicht freiwillig nachkommt (5). Zum Recht gehört daher begriffswesentlich der Rechtszwang (6).

1) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 300.

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O.

3) Burckhardt, Vom Rechtszwang, 53.

4) Burckhardt, Einführung, 163. Derselbe, Vom Rechtszwang, 53. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 213. Zippelius, Das Wesen des Rechts, 40 f.

5) Brunner, Die Durchsetzung des Staatswillens, 178.

6) Burckhardt, Vom Rechtszwang, 54. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 30 f. Kelsen, Reine Rechtslehre, 35 ff., 114 ff. Müller, Der Verwaltungszwang, 1.

A.M. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 336 f.: Um wichtigen Rechtsgebieten, wie Staats- und Kirchenrecht den Rechtscharakter nicht absprechen zu müssen, sei eine Zwangssanktion nicht erforderlich; für die Geltung des positiven Rechts genüge es, dass überhaupt irgendeine Garantie für seine Befolgung vorhanden sei. Ähnlich Coing, Rechtsphilosophie, 275 f.

Zwang besteht in der Durchsetzung eines vorgeschriebenen Verhaltens durch geeignete mechanische und psychologische Mittel mit dem Ziel, den Widerstand des Betroffenen zu brechen (7). Er unterscheidet sich von der Rechtsetzung und Rechtsprechung dadurch, dass er weder generell noch individuell verpflichten will, sondern tatsächliches, kausales Wirken ist (8). Im Rechtsstaat besitzt der Staat das ausschliessliche Monopol zur Zwangsanwendung (9), während die Selbsthilferechte nur in engen Grenzen und nur da zulässig sind, wo staatliche Gewalt nicht rechtzeitig erreichbar ist (10), mithin ausnahmsweise ein Mangel staatlicher Autorität vorliegt.

Hoheitliche Anwendung von Zwang darf schliesslich nur im Rahmen des von der Rechtsordnung vorgesehenen Verfahrens und mittels des von ihr zur Verfügung gestellten Instrumentariums angewendet werden (11).

B) BEGRIFF DES UNMITTELBAREN ZWANGES

I Begriffsumschreibung und Wesen des unmittelbaren Zwanges

Der unmittelbare Zwang ist neben der Ersatzvornahme und Ordnungsbusse das klassische Mittel des Verwaltungszwanges (12). Er besteht in der Anwendung physischer Gewalt (13). Das deutsche Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang definiert den Begriff in § 2 Abs. 1 als "Einwirkung auf Personen oder

7) Bendel, Der Verwaltungszwang, 282. Burckhardt, Vom Rechtszwang, 55. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 155 f. Müller, Der Verwaltungszwang, 1.

8) Burckhardt, Vom Rechtszwang, 60. Schönke/Baur, 1 f.

9) Müller, Der Verwaltungszwang, 1. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 25.

10) Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 362.

11) Giacometti, Verwaltungsrecht, 537 ff. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 304 f. Forsthoff, Lehrbuch, 294.

12) Brunner, Die Durchsetzung des Staatswillens, 181. Bendel, Der Verwaltungszwang, 288.

13) Haubensack, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen ZPO, 27. Siegrist, Probleme aus dem Gebiet der Realexekution, 7. Forsthoff, Lehrbuch, 301.

Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen" (14). Ziel des unmittelbaren Zwanges ist das Brechen eines der Durchsetzung eines bestimmten Hoheitsaktes entgegenstehenden Willens des darin Verpflichteten (15). Entgegen Hausen/Schweers kann durch die Anwendung unmittelbaren Zwanges eine dem Adressaten des Hoheitsaktes obliegende Pflicht zu positivem Tun letztlich nicht durchgesetzt werden, da jener in einem solchen Falle selbst aktiv werden muss (16). Auch wenn der Betroffene unter vorgehaltener und entsicherter Pistole aufgefordert wird, eine bestimmte Tätigkeit zu entfalten, kann er unter Hinweis darauf, dass er auf alles gefasst sei, die Erfüllung seiner Pflicht verweigern. Dies scheint auch Fleiner zu verkennen, wenn er ausführt, der Staat könne nur über den Weg des unmittelbaren Zwanges persönliche Leistungen erzwingen (17). Im dort angeführten Beispiel kann zwar der Militärdienstpflichtige verpflichtet werden, Wehrdienst zu leisten, er kann sogar mit Gewalt in die Kaserne gebracht werden, jedoch kann er sich trotzdem weigern, den Befehlen der militärischen Organe nachzukommen. Auch ihm gegenüber können durch die Anwendung unmittelbaren Zwanges nur Duldungen und Unterlassungen direkt durchgesetzt werden (18). Somit kann eine bestimmte Tätigkeit durch hoheitliche Gewaltanwendung nur mittelbar bewirkt werden, nämlich dadurch, dass sich der Pflichtige unter dem Eindruck und der Wirkung der Folgen des Zwanges entschliesst, seinen Widerstand aufzugeben und die gebotene Handlung vorzunehmen. Der Zwang besteht in einem solchen Falle neben physischer auch in psychischer Gewalt.

Was den unmittelbaren Zwang betrifft, so ist es streitig, ob darunter nur

14) Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (UZwG) vom 10. März 1961, abgedruckt bei Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 301 ff. Ähnlich die deutschen Ländergesetze, Zitate bei Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 20, Anm. 5.

DMuE § 36 Abs. 1.

15) Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 125. Müller, Der Verwaltungszwang, 21. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 976. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II e 3.

16) Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 32 f. Richtig dagegen Müller, Der Verwaltungszwang, 23.

17) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 253 f. Ähnlich Bendel, Der Verwaltungszwang, 295.

18) Müller, a.a.O. Giacometti, Verwaltungsrecht, 561.

das Brechen des entgegenstehenden Willens einer Person durch physische (19) oder aber auch psychische Gewalt (20) zu verstehen ist.

M.E. gehört der psychische Zwang insofern zum unmittelbaren Zwang, als er als Folge der physischen Gewalteinwirkung erscheint (21). So hat der fliehende Verbrecher, der durch einen Streifschuss am Bein getroffen wird und deshalb stehen bleibt, seine Flucht nicht allein infolge der auf den Körper wirkenden physischen Gewalt aufgegeben, sondern ebenso sehr deshalb, weil er befürchtet, im Falle der Fortsetzung der Flucht ein zweites Mal getroffen zu werden.

In diesem Sinne ist auch die Androhung des unmittelbaren Zwanges als Verwaltungsvorakt zur Festsetzungsverfügung, beispielsweise die Abgabe eines Warnschusses, als psychische Beeinflussung des Pflichtigen durch Anwendung unmittelbarer Gewalt zu bezeichnen (22).

Somit kann die Anwendung unmittelbaren Zwanges in Analogie zum im Strafrecht verwendeten Begriff der Gewalt sowohl vis absoluta als auch vis compulsiva enthalten (23).

Sowohl nach deutschem Recht (24) als auch nach herrschender deutscher Auffassung in der Literatur (25) ist der unmittelbare Zwang das einschneidendste Zwangsmittel. Dieser Auffassung ist offensichtlich auch der überwiegende

19) Bremer, Waffengebrauch, 2. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 296.

20) Giacometti, Verwaltungsrecht, 561. Stein, Waffengebrauch und andere physische Zwangsmittel, 286 ff.

21) Aehnlich Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 54.

Für den Begriff der Gewalt: Schultz, Begriff der Gewalt, 349 f., 363, 368. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, N. 8 ff. zu Art. 181. Schöнке/Schröder, N. 8 ff. Vorbem. zu §§ 234 ff. SJZ 66 (1970), 109.

22) Falb, Demonstrationen, 281 ff. Giacometti, Verwaltungsrecht, 536.

23) Zum Begriff der Gewalt: Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 179 f. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 214. Derselbe, Begriff der Gewalt, 340 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 108 f., 403 f. Thormann/v.Overbeck, a.a.O. und N. 4 zu Art. 285.

24) Zitate bei Drews/Wacke/Vogel/Martens, 325. DMuE § 33 Abs. 1.

25) Bremer, Waffengebrauch, 50. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 324 f. Forst-hoff, Lehrbuch, 298. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 977. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 138. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II e 3.

Teil der schweizerischen Autoren, wenn sie ausführen, unmittelbarer Zwang dürfe erst angewendet werden, wenn alle anderen Mittel nicht zum Ziele führten (26). Dieser Rangordnung der Zwangsmittel kann nur insofern zugestimmt werden, als sie in der Regel zutreffen mag. Sie kann sich jedoch im Einzelfall als falsch erweisen, weshalb sie nicht als allgemeingültig betrachtet werden darf (27). Vielmehr muss in jedem Einzelfall abgewogen werden, welches noch zum Ziele führende Zwangsmittel am wenigsten einschneidend ist (28).

Da bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges regelmässig in empfindlicher Weise in die Rechtsgüter der betroffenen Bürger eingegriffen wird, bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, ob es zulässig ist, die Anwendung unmittelbaren Zwanges in Reglementen und nicht in einem formellen Gesetz zu regeln (29), wie dies in Deutschland vor einiger Zeit geschehen ist (30). Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die betreffenden Eingriffsnormen entsprechend dem Bestimmtheitsgebot genügend konkretisiert sind (31).

-
- 26) Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 55. Derselbe, Die Durchsetzung des Staatswillens, 186. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 253. Giacometti, Verwaltungsrecht, 568. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. I, 134.
- 27) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 56 B V a. Bendel, Der Verwaltungszwang, 302.
- 28) Bendel, Der Verwaltungszwang, 301 f. Müller, Der Verwaltungszwang, 23, 125 ff. Roos, Vollstreckung, 119. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 306. BGE 53 I 75.
- 29) Brunner, Die Durchsetzung des Staatswillens, 181. Giacometti, Verwaltungsrecht, 540. Noll, Rechtfertigungsgründe, 182. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. I, 134. Schultz, Rechtsprechung, 385 f. Grisel, Droit administratif, 338. BGE 94 IV 7. Vgl. auch hinten, 123 f.
- A.M. Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 55, der auf Seite 59 aus politischen Gründen gleichwohl für eine gesetzliche Regelung der Zwangsmittel eintritt.
- 30) Vgl. Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, wo die Gesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges des Bundes und der Länder abgedruckt und kommentiert sind.
- 31) Dubs, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, 242 f. Müller, Der Verwaltungszwang, 28. Arndt, Das Grundgesetz und der Schusswaffengebrauch, 189 ff. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 140 f. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 50 ff.

II Abgrenzung des unmittelbaren Zwanges von der Ersatzvornahme

Die Ersatzvornahme besteht in der Ausführung der dem Pflichtigen obliegenden, vertretbaren Handlung durch verwaltungseigene Mittel oder Beizug von Dritten, wobei die dadurch entstehenden Kosten vom durch die Verfügung zur betreffenden Tätigkeit Verpflichteten zu tragen sind (32).

Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang können sich bei der Anwendung von Gewalt gegen Sachen ergeben, da die Anwendung von Gewalt gegen Personen nur in der Form unmittelbaren Zwanges erfolgen kann. Die physische Einwirkung auf Sachen des Pflichtigen ist immer dann unmittelbarer Zwang, wenn dadurch nicht die gebotene Handlung unmittelbar ausgeführt wird, sondern jener durch diese Einwirkung mittelbar zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden soll (33).

III Abgrenzung des unmittelbaren Zwanges von der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Massnahme

Während in der Regel zunächst ein Hoheitsakt erlassen wird, der erst dann, wenn dessen Adressat den darin enthaltenen Verpflichtungen nicht nachkommt, mit Zwangsmitteln durchgesetzt wird, können bei gegenwärtiger Gefahr der Erlass eines Verwaltungsaktes und dessen zwangsweise Durchsetzung zusammenfallen. Diese unmittelbare Ausführung einer Massnahme oder der sofortige Zwang (34) ist vom unmittelbaren Zwang deutlich zu unterscheiden. Der unmittelbare Zwang ist eines der Zwangsmittel, die das Verwaltungsrecht zur Vollstreckung von Hoheitsakten vorsieht, während bei der sofortigen Ausführung einer polizeilichen Massnahme der Erlass des Hoheitsaktes sowie die Festset-

32) Bendel, Der Verwaltungszwang, 288. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 253. Giacometti, Verwaltungsrecht, 567. Müller, Der Verwaltungszwang, 4. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 131. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 313. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 958.

33) Müller, Der Verwaltungszwang, 22 f. Unklar Heer, Die Ersatzvornahme, 34 ff.

34) Bendel, Der Verwaltungszwang, 283. Müller, Der Verwaltungszwang, 22. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 985.

zung und Durchführung eines Zwangsmittels in einem einzigen Akt zusammenfallen (35). Dabei kann der sofortige Zwang sowohl in der Form der Ersatzvornahme als auch der Anwendung unmittelbaren Zwanges bestehen (36).

C) ARTEN DES UNMITTELbaren ZWANGES

I Allgemeines

In Anlehnung an die deutsche Gesetzgebung (37) und Literatur (38) werden drei Kategorien der Anwendung unmittelbarer Gewalt unterschieden, nämlich der Einsatz von körperlicher Gewalt, ihrer Hilfsmittel sowie der Waffen (39), wobei diese Umschreibungen selbst wieder der Auslegung bedürfen.

Die Einteilung versucht - ausgehend von der in der Regel zu erwartenden Wirkung der Zwangsmittelart - das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu konkretisieren. Anders als bei den übrigen Zwangsmitteln ist nämlich bei der Anwendung unmittelbarer Gewalt auch innerhalb des Zwangsmittels der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (40). Die Art der Anwendung unmittelbarer

-
- 35) Bendel, Probleme des Gewässerschutzes, 26 f. Müller, a.a.O. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 208 f. Forsthoff, Lehrbuch, 296. Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 193 f. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 138. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II d. Unrichtig Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, 954, 985, der annimmt, beim sofortigen Zwang ergehe kein Verwaltungsbescheid.
- 36) Müller, Der Verwaltungszwang, 22. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 209. Götz, Polizeirecht, 142. Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 194. BGE 91 I 301.
- 37) Zitate bei Drews/Wacke/Vogel/Martens, 326. DMuE § 36.
- 38) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a.a.O. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 37. Heise/Riegel, Musterentwurf, 112 f. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 8 ff. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II e 3.
- 39) Müller, Der Verwaltungszwang, 27 ff.
- 40) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 254. Grisel, Droit administratif, 339 f. Giacometti, Verwaltungsrecht, 561 f., 569. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 56 B IV. Müller, Der Verwaltungszwang, 24. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 135. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 325. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 977 f. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II e 3.

Gewalt gibt jedoch m.E. nicht zwingend Auskunft über die zu erwartende Intensität des Eingriffes. Wohl wird in der Regel beim Gebrauch von Waffen eine schwerere Verletzung der körperlichen Integrität zu erwarten sein als beim Einsatz der übrigen Zwangsarten, jedoch kann auch die Anwendung körperlicher Gewalt je nach Körperkraft oder Spezialausbildung des Polizeibeamten schwere Verletzungen beim Betroffenen hervorrufen (41). Ein Wadendurchschuss, der ambulant behandelt werden kann, ist beispielsweise ohne Zweifel die leichtere Verletzung als eine Rückenverletzung als Folge eines Judowurfes. In diesem Sinne ist auch der Einsatz von Reizstoffen gegen Demonstranten oftmals, wenn nicht regelmässig das mildere Mittel als der Einsatz körperlicher Gewalt zur Auflösung von Demonstrationen (42).

Trotzdem wird der Waffengebrauch verschiedentlich als die absolut schärfste Form des unmittelbaren Zwangs bezeichnet (43). Dieser These ist zu Recht widersprochen worden, da die Vielgestaltigkeit der möglichen Situationen eine derart generelle Aussage nicht zulässt (44). Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Einsatz der Schusswaffe zwar grundsätzlich die einschneidendste Zwangsart ist, dass aber in jedem einzelnen Fall gesondert geprüft werden muss, ob nicht die vorgesehene Form des unmittelbaren Zwanges voraussichtlich weitergehend in die Rechtssphäre des Pflichtigen eingreifen wird als der Gebrauch der Schusswaffe.

41) Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 63, 151.

42) Ähnlich BGE 96 IV 19 f.

43) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 333. Müller, Der Verwaltungszwang, 27. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 135. Bremer, Waffengebrauch, 48. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 328. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 163. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 138.

44) Merten, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, 94.

II Die Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen Sachen oder Personen

Unmittelbarer Zwang kann sich gegen Sachen oder Personen richten (45). Da die physische Einwirkung auf Sachen weniger beeinträchtigend ist als diejenige gegen Personen, die regelmässig eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit und oftmals eine solche der körperlichen Integrität zur Folge hat, muss sie entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vor der Anwendung unmittelbarer Gewalt gegen Personen erfolgen (46).

III Körperliche Gewalt

1. BEGRIFF

Unter körperlicher Gewalt versteht man jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen (47). Sie wird durch die Körperkraft des Polizeibeamten ausgeübt (48).

2. BEISPIELE

Die Ausübung körperlicher Gewalt gegen Personen besteht etwa aus Festhalten, Wegführen, Abdrängen, Drücken, Beinstellen, Boxen, Anwendung von Kampfgriffen (49), Judo, Jiu-Jitsu oder Schlägen (Karate), während bei Sachen unter

45) Bendel, Der Verwaltungszwang, 295. Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 54. Giacometti, Verwaltungsrecht, 570. Grisel, Droit administratif, 336. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 49 B V. Bremer, Waffengebrauch, 2.

46) Müller, Der Verwaltungszwang, 24. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 978. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II e 3.

47) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 326. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 37. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 11. DMuE § 36 Abs. 2.

48) Müller, Der Verwaltungszwang, 27.

49) SJZ 60 (1964) Nr. 114, 174 f.

anderem das Wegtragen, Wegräumen, Eindrücken von Türen, Zerschlagen von Fenstern usw. zu nennen wäre (50).

IV Hilfsmittel der körperlichen Gewalt

1. BEGRIFF

Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind Gegenstände, die die einfache körperliche Gewalt zu verstärken vermögen. Einen *numerus clausus* für Hilfsmittel der körperlichen Gewalt gibt es nicht; sie sind nach Zweckmässigkeitsgrundsätzen auszuwählen (51).

2. BEISPIELE

Als Hilfsmittel der körperlichen Gewalt kommen insbesondere in Frage (52): Fesseln, Ketten, Seile, Messer, Beile, Sägen, Bohrer, Spitzseisen, Hammer, Dietrich, Stacheldraht, Holzpflocke, Eisenstangen und -gitter, Nagelgurten, Wasserbrausen und -werfer (53), Fahrzeuge, Reizstoffe bzw. Tränengas (soweit es nicht verschossen wird) (54), Nebelstoffe, Diensthunde (55) sowie Dienstpferde (56).

50) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 326. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 37 f. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 11. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 983.

51) Müller, Der Verwaltungszwang, 27. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 38 ff.

52) Aufzählung bei Müller, Der Verwaltungszwang, 27. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 326. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 11 f. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 983. DMuE § 36 Abs. 3.

53) Paust, Polizeiwasserwerfer, 271 ff.

54) Reiz- und Betäubungsstoffe gehören nach § 36 Abs. 3 DMuE im Gegensatz zur überwiegenden Zuordnung im deutschen Recht auch dann zu den Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt, wenn sie verschossen werden.

55) Keller, Der Polizeihund, 33 ff.

56) Hübner, Erfahrungen mit Dienstpferden, 330 ff.

In der Schweiz werden zur Zeit keine Dienstpferde als Hilfsmittel der körperlichen Gewalt eingesetzt.

Diese Aufzählung hat nur exemplarischen Charakter, da jeder Gegenstand bzw. jedes Mittel mit Ausnahme der Waffen als Hilfsmittel der körperlichen Gewalt in Frage kommt.

V Waffen

1. BEGRIFF

Eine Waffe ist einem Bundesgerichtsentscheid zufolge ein Gegenstand, der nach seiner Bestimmung zu Angriff oder Verteidigung dient (57). Im erwähnten Entscheid wird auch der Gummiknüppel zu den Waffen gezählt, indem ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es nur auf die Zweckbestimmung des Gegenstandes ankomme, ohne dass eine besondere Gefährlichkeit erforderlich sei (58). Gleichzeitig wird zugestanden, dass ein Werkzeug, wenn es als Waffe verwendet wird (59), ebenso gefährlich oder gefährlicher sein kann als eine Waffe bei bestimmungsgemäsem Gebrauch. Dadurch wird deutlich, dass der Unterteilung in die drei Kategorien von Zwangsarten mit dem Ziel der Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch vom Bundesgericht höchstens richtungsweisende Bedeutung beigemessen wird (60).

Grundsätzlich wird unterschieden zwischen Hieb- und Schusswaffen, Reizstoffen und Explosivmitteln (61). Regelmässig ist der Einsatz von Schusswaffen besonders eingehend geregelt (62). Unter Schusswaffen versteht man alle Geräte, "bei denen Geschosse durch einen Lauf getrieben werden" (63). Hieb-

57) BGE 96 IV 18.

58) Der zitierte BGE hatte übrigens zur Folge, dass in verschiedenen kantonalen Polizeikorps keine Gummiknüppel mehr verwendet werden.

59) Zweckmässigerweise sollte zwischen Waffen im technischen und solchen im untechnischen Sinne unterschieden werden, vgl. Bremer, Waffengebrauch, 30.

60) Vgl. oben, 4 f.

61) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 330. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 12 f.

62) Vgl. unten, 186 ff.

63) Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 des deutschen Waffengesetzes vom 19.9.1972.

und Stosswaffen sind Geräte, die ihrer Natur nach bestimmt sind, unter unmittelbarer Ausnutzung der menschlichen Muskelkraft durch Hiebe und Stösse Verletzungen zu bewirken.

In Deutschland herrscht die Auffassung vor, dass der Kreis der zuzulassenden Waffen durch abschliessende Enumeration in einem formellen Gesetz geregelt werden müsse und dass es nicht angehen könne, die Verwaltung durch Dienstvorschriften bestimmen zu lassen, welche Waffen eingesetzt werden dürfen (64) (65).

Wenn auch diesbezüglich eine gesetzliche Regelung wünschbar erscheinen mag, ist doch die Aufzählung der zulässigen Waffen und anderer Formen der Anwendung unmittelbaren Zwanges deshalb nicht zweckmässig, weil beim Erscheinen neuer Waffen und Geräte, die für den polizeilichen Einsatz besser geeignet wären als die gesetzlich zugelassenen, eine viel zu lange Zeitspanne verstreichen müsste, bis das betreffende Gesetz revidiert wäre. Im übrigen kann m.E. davon ausgegangen werden, dass dem Legalitätsprinzip Genüge getan ist, wenn die Eingriffsvoraussetzungen in einem formellen Gesetz geregelt sind und das voraussehbare Mass der durch die Anwendung unmittelbarer Gewalt zu bewirkenden Rechtsgüterbeeinträchtigung durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit begrenzt wird (66). Allenfalls wäre zu überlegen, ob nicht ein Ausschluss der nicht zugelassenen Waffen und Zwangsarten denselben Zweck erfüllen könnte.

Die Frage, ob ein bestimmtes Mittel zur Kategorie der Waffen oder zu den Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt zu zählen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Meinungsverschiedenheiten ergeben sich insbesondere bei der Zuordnung der Reizstoffe. So wird Tränengas an und für sich grundsätzlich zu den Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt gezählt und nur dann, wenn es in Form

64) Arndt, Das Grundgesetz und der Schusswaffengebrauch, 189 ff. v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bem. V ff. zu Art. 2 GG. Schnupp, Zwangs-anwendung durch Polizeibeamte, 261. Derselbe, Polizeilicher Schusswaf-fengebrauch, 129. Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 305 f. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 140 f. A.M. Götz, Polizeirecht, 145 f.

65) Für das schweizerische Recht: Müller, Der Verwaltungszwang, 28.

66) Vgl. unten, 123 f., Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 49.

von Munition und Wurfkörpern verschossen wird, als Waffe betrachtet (67), doch wird es vereinzelt auch ausschliesslich der Kategorie der Waffen (68) oder der Hilfsmittel der körperlichen Gewalt zugeordnet (69).

Grundsätzlich kommt jedoch dieser Zuordnung keine wichtige Bedeutung zu, da in jedem einzelnen Fall zu prüfen ist, welche Zwangsart die Rechtsgüter des Pflichtigen am intensivsten beeinträchtigt, weshalb hier nicht näher darauf einzutreten ist.

Schliesslich zählen die Explosivmittel zu den Waffen. Sie sind von den Sprengmitteln zu unterscheiden, die nur gegen Sachen eingesetzt werden können und zu den Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt gezählt werden (70).

Die neueren deutschen Gesetze unterscheiden zwischen allgemeinen und besonderen Waffen: Allgemeine Waffen sind Hieb- und Schusswaffen exklusive Maschinengewehre sowie Reizstoffe, besondere Waffen Maschinengewehre, Granatwerfer, Handgranaten und Explosivmittel (71) (72) (73).

-
- 67) Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 12. f. Merten, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, 90 f.
- 68) Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 41 f.
- 69) Bremer, Waffengebrauch, 32. Heise/Riegel, Musterentwurf, 112. DMuE § 36 Abs. 3.
- 70) Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 12 f.
- 71) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 330 mit den Zitaten der entsprechenden Gesetze.
- 72) Die besonderen Waffen dürfen nur unter Zustimmung der Landesregierung bzw. des Innenministeriums bei einer drohenden Gefahr für die freiheitlich demokratische Grundordnung eingesetzt werden, vgl. die Zitate der entsprechenden Gesetze in der Begründung zu § 44 DMuE.
- 73) Zur Diskussion um die besonderen Waffen: Arndt, Das Grundgesetz und der Schusswaffengebrauch, 189 ff. Baier, Zur Diskussion um die "besonderen" Waffen, 305. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 78 ff. Schnupp, Zwanganwendung durch Polizeibeamte, 303 ff. mit weiteren Zitaten. Siedschlag, Zur Diskussion um die Bewaffnung der Polizei, 208 ff. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 142 f.

2. BEISPIELE

Die im Polizeidienst verwendete Hiebwaffe ist der Schlagstock oder Gummi-
knüppel (74). Als Schusswaffen gelten Pistolen, Revolver, Maschinenpistolen
(75) sowie Schrotflinten (76), in Deutschland zusätzlich Maschinengewehre
und Granatwerfer (77). Zu den Waffen gezählt werden ferner Explosivmittel
und Handgranaten (78) sowie eventuell Reizstoffe (79). Die im DMuE vorgenom-
mene Beschränkung der Explosivmittel auf Handgranaten erscheint mir nicht
zweckmässig, da bei der Verwendung von Handgranaten in der Regel Metall-
splitter auftreten, welche schwere Verletzungen der getroffenen Personen
bewirken können, während dieses Risiko bei selbstgebastelten Ladungen ausge-
schlossen werden kann. Insbesondere haben improvisierte Ladungen den Vor-
teil, dass die Sprengstoffmenge dosiert und damit genau den gegebenen Ver-
hältnissen angepasst werden kann.

74) Heise/Riegel, Musterentwurf, 112 mit Nachweisen. Linder, Grenzen der
Anwendung unmittelbaren Zwanges, 12. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht,
Bd. 1, 983.

75) Bremer, Waffengebrauch, 32. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 326. Krüger, Po-
lizeilicher Schusswaffengebrauch, 58. Linder, Grenzen der Anwendung un-
mittelbaren Zwanges, 12 f. DMuE § 36 Abs. 4.

76) Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 41.

77) Vgl. oben, Anm. 73.

78) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 330 mit Nachweisen. Linder, Grenzen der An-
wendung unmittelbaren Zwanges, 13.

79) Soweit sie nicht schon zu den Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt ge-
zählt wurden, vgl. oben, Anm. 54.

§ 2 VERWALTUNGSRECHTLICHER UEBERBLICK ÜBER DAS VORGEHEN BEIM EINSATZ UNMITTELBAREN ZWANGES

A) PFLICHTGEMAESSE AUSUEBUNG DES ERMESSENS

I Allgemeines

Um eine möglichst gerechte und zweckmässige Anpassung der im Einzelfall anzuordnenden Rechtsfolgen an die besonderen Umstände desselben zu ermöglichen, beschränkt sich der Gesetzgeber oftmals darauf, das mit einer bestimmten Norm verfolgte Ziel anzugeben, verzichtet aber auf eine strenge Bindung der rechtsanwendenden Verwaltungsorgane (1). Grundsätzlich wird dabei zwischen der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe und dem Verwaltungsermessen unterschieden. Während beim unbestimmten Gesetzesbegriff die tatbeständlichen Voraussetzungen einer bestimmten Rechtsfolge auslegungsbedürftig sind, geht es im Falle der Ermessensbetätigung nicht um das Verständnis der Norm, sondern um die Frage, ob und gegebenenfalls welche Rechtsfolge den besonderen Umständen angepasst erscheint (2). Unter diesem Gesichtspunkt kann dem Verwaltungsorgan die Entscheidung darüber überlassen werden, ob es eine gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge statuieren (Entschiessungsermessen) oder welche von mehreren gesetzlich zulässigen Rechtsfolgen sie anordnen will (Auswahlermessen) (3).

1) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 31 II a.

2) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 112 ff. Giacometti, Verwaltungsrecht, 71 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 66 B II a. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 58, 61 f. Forsthoff, Lehrbuch, 85 ff. Mayer, Opportunitätsprinzip, 16. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 56 ff. Schmatz, Opportunitätsprinzip, 28 ff. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 31 II a.

3) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 112. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, a.a.O. Müller, Der Verwaltungszwang, 109 ff. Scholter/Bross, 81 f. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 31 II c.

II Opportunitätsprinzip sowie Legalitätsprinzip und ihr Verhältnis zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz

Im Verwaltungsrecht besteht Uneinigkeit darüber, ob die jeweilige Vollstreckungsbehörde in jedem Fall verpflichtet ist, die in den Gesetzen vorgesehenen Zwangsmittel anzuwenden, oder ob sie gegebenenfalls davon absehen darf. Die herrschende Auffassung im deutschen (4) als auch eine beachtliche Meinung im schweizerischen Recht (5) hat sich im Falle der Anwendung unmittelbaren Zwanges unter dem Vorbehalt des Gleichheitsgrundsatzes zugunsten des Opportunitätsprinzips ausgesprochen. Damit wird die Entscheidung darüber, ob im konkreten Fall unmittelbarer Zwang anzuwenden ist, ins Ermessen des Vollstreckungsbeamten gelegt. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass ein ganz überwiegendes Interesse an der Durchsetzung nicht befolgter staatlicher Entscheide besteht, da jener unter anderem sowohl entsprechend dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung als auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit grosses Gewicht zukommt (6).

Nur ausnahmsweise, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Legalitätsprinzip miteinander kollidieren und demzufolge keine generelle Aussage darüber möglich ist, welchem der beiden Grundsätze der Vorrang einzuräumen ist, kann es ins Ermessen des Polizeibeamten gestellt werden, ob er einen bestimmten Entscheid durch Anwendung unmittelbaren Zwangs durchsetzen will. In diesem Sinne wird demnach das Legalitätsprinzip durch die vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei der Vollstreckung im Einzelfall geforderte Zurückhaltung faktisch relativiert. So hat beispielsweise das Legalitätsprinzip gegenüber dem Opportunitätsprinzip zurückzutreten, wenn ein Autofahrer, der

-
- 4) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 135 ff. Götz, Polizeirecht, 59 ff. Mayer, Opportunitätsprinzip, 11 f. Schmatz, Opportunitätsprinzip, 43 ff. Scholler/Bross, 79 ff. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 125 IV.
- 5) Aubert, Droit constitutionnel, Bd. 2, Nr. 1765. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 56 B VI. Jost, Polizeibegriff, 61. BGE 104 Ib 303, 102 Ib 67, 100 Ia 347 f., 98 Ia 275 ff.
A.M. Müller, Der Verwaltungszwang, 111, der jedoch zugibt, dass die starre Anwendung des Legalitätsprinzips in Härtefällen durch den Grundsatz von Treu und Glauben zu mildern ist.
- 6) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 49 B V b. Fleiner, Institutionen, 140 f. BGE 100 Ia 347 f.

wegen unlesbarer Kontrollschilder an seinem Fahrzeug gebüsst werden sollte, nur mehr durch Schusswaffeneinsatz vor dem Ueberfahren der Landesgrenze gestoppt werden könnte; dasselbe gilt für den bei Hartmann (7) angeführten Fall, wo die Gäste einer Wirtschaft trotz Polizeistunde nicht gewillt sind, das Gastlokal zu verlassen, und nur durch den Einsatz von Waffen dazu gezwungen werden könnten. Ohne Zweifel ist in derartigen Fällen in Anwendung des Opportunitätsprinzips und zulasten des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung vom Einsatz unmittelbaren Zwanges abzusehen, da dessen Anwendung im Verhältnis zum verfolgten Ziel zu krass unverhältnismässigen Rechtsgüterbeeinträchtigungen führen würde. Wenn in Grenzfällen die Interessenkollision nicht so eindeutig aufgelöst werden kann, liegt es im Ermessen des Vollzugsbeamten, sich zugunsten des Legalitäts- oder Opportunitätsprinzips zu entscheiden.

III Das Auswahlermessen

Sobald feststeht, dass ein bestimmter Entscheid zu vollstrecken ist, stellt sich die Frage, wie dies im konkreten Fall zu geschehen habe. Regelmässig ist die im Rahmen des unmittelbaren Zwanges anzuwendende Zwangsart nicht festgelegt. Dem Vollzugsbeamten steht die Wahl zwischen körperlicher Gewalt, Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt und Waffen offen. Es liegt in seinem Ermessen, sich für eine bestimmte Zwangsart zu entscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die freie Ermessensausübung des Beamten einerseits durch Anweisungen seiner Vorgesetzten eingeschränkt werden kann und andererseits durch allgemeine Rechtsgrundsätze, wie die Prinzipien der Sachlichkeit und Gleichheit, der zweckgerichteten Ermessensausübung sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit begrenzt ist (8). Da es niemals möglich sein wird, die

-
- 7) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 335. Aehnlich Noll, Rechtfertigungsgründe, 184.
- 8) Bendel, Probleme des Gewässerschutzes, 23 f. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 115 ff. Götz, Polizeirecht, 64 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 67 B I mit Nachweisen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Müller, Der Verwaltungszwang, 112. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 60 f. Schmatz, Opportunitätsprinzip, 38. Schneeberger, Ordnungsbehördliches Ermessen, 82 ff.

im Einzelfall anzuwendende Zwangsart durch generell-abstrakte Normen festzulegen und trotz Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze regelmässig mehrere Möglichkeiten der Anwendung unmittelbaren Zwanges zur Verfügung stehen, muss die Wahl unter ihnen ins pflichtgemässe Ermessen des Beamten gelegt werden (9). Nur in Ausnahmefällen kann es vorkommen, dass ausschliesslich eine bestimmte Zwangsart angemessen erscheint. In einem solchen Falle besteht keine Wahlmöglichkeit und damit kein Ermessensspielraum mehr, weshalb man von "Schrumpfung des Ermessens" oder von "Ermessensreduzierung auf Null" spricht (10). So besteht die einzige Möglichkeit zur Rettung des Lebens von Geiseln oftmals ausschliesslich in der sofortigen Bewirkung der Angriffsunfähigkeit beim Geiselnnehmer, was nur durch den gezielten Todesschuss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erreicht werden kann (11). Sobald sich somit der Polizeibeamte aufgrund pflichtgemässer Ausübung des Entschliessungsermessens zum Einschreiten gegen einen das Leben der Geiseln unmittelbar bedrohenden Geiselnnehmer mittels Anwendung unmittelbarer Gewalt entscheidet, schrumpft sein Auswahlermessen in der Weise, dass nur noch die erwähnte Zwangsart rechtmässig ist, weil nur sie geeignet ist, die Lebensgefahr von den Geiseln abzuwenden.

IV Die Grenzen der Ermessensausübung

Sind die Voraussetzungen einer Ermessensentscheidung gegeben, so hat die rechtsanwendende Behörde alle sich nach der Sachlage anbietenden Gesichtspunkte unter Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu berücksichtigen und sorgfältig gegeneinander abzuwägen (12). Missbraucht sie das ihr zustehende Ermessen, indem sie allgemeine Rechtsprinzipien nicht berücksich-

9) Bendel, Probleme des Gewässerschutzes, 23 f. Derselbe, Der Verwaltungszwang, 301 f. Müller, Der Verwaltungszwang, 125 ff. Roos, Vollstreckung, 119. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 306. Vgl. unten, 215 ff.

10) Müller, Der Verwaltungszwang, 112. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 162 ff. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, 193.

11) Vgl. dazu unten, 261 ff.

12) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 115 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 67 B I. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 144 f.

tigt (13), oder überschreitet sie es, obschon dafür nach Gesetz kein Raum ist (14), so handelt sie rechtswidrig, nicht jedoch dann, wenn sie im Rahmen des gegebenen Ermessensraumes gehandelt hat und ihr nur vorgeworfen werden könnte, eine andere Entscheidung wäre zur Erreichung des Gesetzeszweckes zweckmässiger gewesen (15).

B) VORAUSSETZUNGEN DER ANWENDUNG UNMITTELBAREN ZWANGES

I Vollstreckbarkeit und Verbindlichkeit des durchzusetzenden Entscheides

Bevor der Polizeibeamte zur zwangsweisen Durchsetzung eines bestimmten Entscheides schreiten darf, muss er sich vergewissern, ob jener verbindlich und vollstreckbar ist, da qualifiziert rechtswidrige Entscheide sowie solche, die noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sind, bzw. denen Suspensivwirkung zukommt, nicht zwangsweise vollzogen werden dürfen. Ausserdem kommt die zwangsweise Durchsetzung eines Entscheides dann nicht in Betracht, wenn der durch jenen angeordnete Zustand mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft von selbst eintritt (16), d.h. nicht mehr eine zu erfüllende Pflicht begründet.

-
- 13) Giacometti, Verwaltungsrecht, 74 f. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 67 B II a. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 61. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 67. Wolff/Bachof, Bd. 1, § 31 II d 2. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 143 f., die in diesem Zusammenhang von Ermessens Fehlgebrauch sprechen.
 - 14) Giacometti, Verwaltungsrecht, a.a.O. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 67 B II b. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, a.a.O. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 143. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 31 II d 1.
 - 15) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 67 B II. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, a.a.O. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 31 II c 4.
 - 16) Guldener, Zivilprozessrecht, 628. Imboden, Nichtigkeit, 11. Roos, Vollstreckung, 115. Götz, Polizeirecht, 141. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 947. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 I a.

1. VOLLSTRECKBARKEIT

Formell rechtskräftige Entscheide sowie solche, denen keine aufschiebende Wirkung zukommt, können vollstreckt werden (17). Während Verwaltungsakte auf dem Weg der Eigenvollstreckung durch die Verwaltungsorgane selbst vollstreckt werden, werden Urteile auf dem Weg der Fremdvollstreckung erzwungen (18). Soweit die Vollstreckung von Urteilen durch Anwendung unmittelbarer Gewalt zu erfolgen hat, werden Verwaltungs-, insbesondere Polizeiorgane, bzw. die jenen vorgesetzte Regierung mit der Durchsetzung des Entscheides beauftragt (19).

2. VERBINDLICHKEIT

2.1. Die Verbindlichkeit als Folge der Vermutung der Rechtmässigkeit

Fehlerhafte Hoheitsakte sind in der Regel verbindlich (20) (21). Dieser Grundsatz beruht auf dem besonderen Geltungsanspruch, mit welchem staatliche Akte auftreten: Ihre Rechtmässigkeit wird - bis zur Feststellung des Gegenteils - vermutet (22). Eine eventuelle Fehlerhaftigkeit des Rechtsaktes kann

-
- 17) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 245, 249. Giacometti, Verwaltungsrecht, 561. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 25 f. Guldener, Zivilprozessrecht, 617. Haubensack, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen ZPO, 8 f. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 49 B IV. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 99. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, 235 f. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 2.
 - 18) Müller, Der Verwaltungszwang, 148.
 - 19) Guldener, Zivilprozessrecht, 622. Walder, Zivilprozess, 463 ff.
 - 20) "Verbindlichkeit" wird als Gegensatz zu "Unbeachtlichkeit", "Nichtigkeit" verwendet und nicht als Oberbegriff zu Rechtsbeständigkeit und Vollstreckbarkeit, vgl. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 24 f.
 - 21) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 227 f. Grisel, Droit administratif, 201. Guldener, Zivilprozessrecht, 78. Imboden, Nichtigkeit, 27 f. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B I. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 95. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 111. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 376 f. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 51 I c.
 - 22) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 227. Grisel, Droit administratif, a.a.O. Imboden, Nichtigkeit, 72 ff., der in diesem Zusammenhang von der "Selbstbezeugung" staatlicher Akte spricht. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B IV b. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, 64. Forsthoff, Lehrbuch, 224. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 50 I b 2.

regelmässig erst in einem bestimmten, auf nochmalige Ueberprüfung der Rechtmässigkeit gerichteten Verfahren eindeutig festgestellt werden, es sei denn, der Mangel sei derart qualifiziert, dass er offenkundig oder doch leicht erkennbar ist (23) bzw. "den Mangel auf der Stirn trägt" (24). Die in dieser Regelung zum Ausdruck kommende Vermutung der Rechtmässigkeit wurzelt unmittelbar in der staatlichen Autorität und bedeutet, dass der autoritativen Entscheidung eines bestimmten staatlichen Organs verglichen mit dem Urteil des einzelnen Bürgers bzw. einer anderen Amtsstelle ein erhöhter Geltungsanspruch zukommt, dass jene somit im Zweifel als richtig angesehen wird (25). Gerechtfertigt wird diese Vermutung durch die Annahme, dass mit staatlicher Autorität ausgestattete, zuständige Organ sei aufgrund der bestehenden rechtsstaatlichen Formen, Kontrollen und Garantien generell befähigt, richtig zu handeln, was erlaube, vom Einzelnen zu verlangen, dass er grundsätzlich auf die Richtigkeit staatlicher Entscheide vertraue (26). Der Sinn der Vermutung der Rechtmässigkeit besteht somit darin, die Verbindlichkeit der autoritativen Entscheidung gegenüber abweichenden Wertungen zu sichern. Nur wenn über die Rechtswidrigkeit eines Entscheides keine Zweifel bestehen können, jene somit offensichtlich ist (27), kann die Vermutung entkräftet werden.

-
- 23) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 231 f. Grisel, Droit administratif, 202 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B IV. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, 67. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 377 ff. Forsthoff, Lehrbuch, 226 f. BGE 104 Ia 176 f., 98 Ia 571, 95 IV 175, 92 IV 197, 71 I 196 ff.
- 24) Imboden, Nichtigkeit, 37. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, 209. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 870. Stratenwerth, Verantwortung, 48.
- 25) Imboden, Nichtigkeit, 73. Stratenwerth, Verantwortung, 110.
- 26) Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, 63 f. Stratenwerth, Verantwortung, 21 ff., 52 ff.
- 27) Vgl. Evidenztheorie. Dazu Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 231. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B IV. Imboden, Nichtigkeit, 84 ff. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 378 f. Forsthoff, Lehrbuch, 225 f. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 870. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 117. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 51 c 4.

2.2. Die Verbindlichkeit von Urteilen

Entsprechend der Vermutung der Rechtmässigkeit sind nur diejenigen Urteile unverbindlich, die die Grenze jener Vermutung überschreiten, indem sie einen klaren Verstoss gegen das Recht darstellen (28). Danach sind nach Guldener diejenigen Urteile nichtig, die von Sondergerichten anstelle der ausschliesslich zuständigen ordentlichen Gerichte gefällt werden oder mit deren Erlass "sich das Gericht Funktionen anmassen würde, die ausschliesslich den gesetzgebenden Behörden oder den Verwaltungsbehörden vorbehalten sind" (29).

Obschon sich neben dem urteilenden Gericht auch die Vollstreckungsbehörde durch den Erlass eines Vollstreckungsbefehls mit dem Entscheid befasst (30), besteht doch - zumindest theoretisch - die Möglichkeit, dass die Vollstreckung eines unverbindlichen, d.h. nichtigen Urteils angeordnet wird, weshalb auch Urteile vor ihrer zwangsweisen Durchsetzung auf ihre Verbindlichkeit hin zu überprüfen sind.

2.3. Die Verbindlichkeit von Verwaltungsakten

Auch rechtswidrige Verwaltungsakte sind Verwaltungsakte und als solche verbindlich. Diese Verbindlichkeit entfällt - ausser im Falle der Nichtigkeit - nur dann, wenn der Verwaltungsakt in einem förmlichen Verfahren aufgehoben oder abgeändert wird (31). Unverbindliche, d.h. nichtige Entscheide sind unbeachtlich und dürfen nicht vollstreckt werden, während alle anderen rechtmässigen und rechtswidrigen Akte verbindlich sind und durchgesetzt werden müssen (32).

28) Stratenwerth, Verantwortung, 127 ff.

29) Guldener, Zivilprozessrecht, 78 Anm. 1. Ähnlich Imboden, Nichtigkeit, 110 ff.

30) Guldener, Zivilprozessrecht, 625. Haubensack, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen ZPO, 65 ff. Kummer, Grundriss des ZPR, 234 ff. Siegrist, Probleme aus dem Gebiet der Realexekution, 5 f.

31) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 228. Grisel, Droit administratif, 200. Gygi, Verwaltungsrechtspflege, 25. Imboden, Nichtigkeit, 26 f. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 111. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 51 I c 2.

32) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 231, 247. Imboden, Nichtigkeit, 46 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B III a. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, a.a.O. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 1.

Grundsätzlich kommt bei der Grenzziehung zwischen Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit im Verwaltungsrecht die aus der Vermutung der Rechtmässigkeit abgeleitete Evidenztheorie zur Anwendung (33). Danach ist ein Verwaltungsakt nur dann unverbindlich, wenn er einen "schwerwiegenden und offenkundigen oder doch leicht erkennbaren Mangel" (34) enthält. Daneben hängt die Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Verbindlichkeit "von einer wertenden Abwägung aller sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte ab" (35), wobei auch dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen ist (36). So soll es insbesondere auf den Inhalt des mangelhaften Aktes ankommen und etwa bei Entscheiden vermögensrechtlicher Natur weniger schnell Unverbindlichkeit angenommen werden können als bei solchen, welche Persönlichkeitsrechte zum Gegenstand haben (37). Somit wird das auf der Vermutung der Rechtmässigkeit basierende Kriterium der Offensichtlichkeit als Voraussetzung der Unverbindlichkeit dahingehend eingeeengt, dass auch die Art des verletzten Rechtsgutes in die erwähnte Wertung einbezogen wird, "wenn die Verletzung der um der öffentlichen Ordnung willen erlassenen Vorschrift schwerer wiegt, als die sich aus der Unwirksamkeit eines Aktes ergebende Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und des handlungsökonomischen staatlichen Interesses" (38). Trotz dieser Bemühungen um ein generelles Unterscheidungskriterium erfolgt die Einteilung in anfechtbare und nichtige Verwaltungsakte jedoch weitgehend in kasuistischer Art und Weise (39).

Nach Stratenwerth sind Verwaltungsakte dann nichtig, wenn sie von der eindeutig unzuständigen Stelle ausgegangen oder inhaltlich derart rechtswidrig

-
- 33) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B IV. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 117. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 51 I c 4.
 - 34) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, a.a.O. Ähnlich Imboden, Nichtigkeit, 83 ff. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, 67. Fleiner, Institutionen, 203 f. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 51 I c 1.
 - 35) Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 112. Ähnlich Imboden, Nichtigkeit, 71 f. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B IV mit Nachweisen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.
 - 36) Imboden, Nichtigkeit, 75 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, a.a.O. BGE 104 Ia 177, 98 Ia 571.
 - 37) Imboden, Nichtigkeit, 79 f.
 - 38) Imboden, Nichtigkeit, 81.
 - 39) Z.B. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 231 f. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, 54 ff. Imboden, Nichtigkeit, insbesondere 78. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B V.

sind, dass sie unter gar "keinen Umständen mit dem gesetzten Recht zu vereinbaren sind, weil sie bei beliebiger Sachlage nicht rechtmässig sein können" (40). Dieses Kriterium ist - zumindest im Rahmen der vorliegenden Arbeit - nicht tauglich, da es, wie Stratenwerth an anderer Stelle selbst zugeht, kein einziges wirklich unantastbares Grundrecht gibt (41). So ist für beinahe jeden Hoheitsakt eine Sachlage denkbar, bei welcher jener rechtmässig sein könnte. Beispielsweise ist die gezielte Erschiessung eines Menschen durch einen Polizeibeamten offensichtlich rechtswidrig, wenn das Opfer Lebensmittel entwendet hat, kann aber rechtmässig sein, wenn es sich um einen Geiselnnehmer handelt, der das Leben seiner Geiseln unmittelbar bedroht. Daraus folgt, dass die Frage, ob ein bestimmter Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig sei, nicht nur aufgrund des Dispositivs beurteilt werden kann, sondern dass deren Beantwortung zugleich von der konkreten Sachlage abhängig gemacht werden muss (42).

II Nichtbefolgung des Entscheides

Als weitere Voraussetzung der zwangsweisen Durchsetzung staatlicher Entscheide ist zu prüfen, ob jene nicht schon freiwillig befolgt wurden. Eine bereits erfüllte Verpflichtung kann nicht ein zweites Mal durchgesetzt werden (43).

40) Stratenwerth, Verantwortung, 141. Gleicher Meinung: Popp, Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, 82 f.

41) Stratenwerth, Verantwortung, 102.

42) Vgl. unten, 153 ff.

43) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 251. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 129. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 3.

III Anordnung der Zwangsvollstreckung durch den Weisungsberechtigten unter Beachtung der formellen Voraussetzungen

In den Fällen, in denen der zwangsweise durchzusetzende Entscheid nicht vom Vollstreckungsbeamten selbst erlassen worden ist, muss die Zwangsvollstreckung von der zuständigen Behörde angeordnet werden. Gefordert wird regelmässig die abstrakte Kompetenz (44). Insbesondere ist jenes Erfordernis dann nicht gewährt, wenn sich die Anordnung nicht auf amtliche Geschäfte bezieht. Deshalb wird häufig zusätzlich erwähnt, dass nur dienstliche Befehle verbindlich seien (45).

Ferner muss die für die Anordnung vorgeschriebene Form gewahrt sein (46).

C) VERFAHREN BEI DER ANWENDUNG UNMITTELBAREN ZWANGES

I Allgemeines

Steht fest, dass der durchzusetzende Entscheid verbindlich und vollstreckbar ist und ist die Vollstreckungsbehörde unter Berücksichtigung des Opportunitätsprinzips nach pflichtgemäsem Ermessen zur Auffassung gelangt, dass jener zu vollziehen sei, stellt sich die Frage nach dem dabei zu beachtenden Verfahren.

Grundsätzlich erfolgt die Anwendung unmittelbaren Zwanges in drei zeitlich aufeinanderfolgenden Verfahrensabschnitten, nämlich in jenem der Androhung,

-
- 44) Eberle, Der militärische Befehl, 22 ff. Hofmann, Der rechtswidrige Befehl, 64 f. Kohli, Handeln auf Befehl, 9 f. Popp, Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, 96 ff. Risken, Grenzen amtlicher Weisungen, 107 f. Stratenwerth, Verantwortung, 14.
- 45) Eberle, Der militärische Befehl, 20. Guggi, Befehlsanmassung, 49. Häfliger, Auf Befehl begangene Straftat, 267 f. Kohli, Handeln auf Befehl, 19 f. Imboden, Verwaltungskontrolle, 148.
- 46) Hofmann, Der rechtswidrige Befehl, 18 f. Imboden, Nichtigkeit, 135 ff. Kohli, Handeln auf Befehl, 18. Popp, Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, 98 f. Schoch, Ungehorsam, 25 ff. Mayer, Der bindende Befehl, 602 f. Laband, Staatsrecht I, 434. Risken, Grenzen amtlicher Weisungen, 120.

der Festsetzung und der Ausführung des Zwangsmittels (47). Nur ausnahmsweise fallen diese drei Abschnitte in einen zusammen: bei der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Massnahme (48).

II Androhung des Zwangsmittels

Grundsätzlich soll der Zwanganwendung eine Androhung vorausgehen (49). Eine generelle Pflicht hiezu besteht aber nicht (50). So kann die Androhung unterbleiben, wenn Gefahr im Verzug ist (51) oder wenn der Zweck und die Umstände eine solche nicht zulassen (52). Der Sinn der Androhung liegt darin, den Pflichtigen rechtzeitig auf die Folgen seines Verhaltens aufmerksam zu machen, um ihn dazu zu bewegen, die ihm auferlegte Verpflichtung doch noch zu erfüllen (53). Sie ist im Verhältnis zur tatsächlichen Anwendung unmittelbaren Zwanges die mildere Massnahme. Diesem Umstand ist im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen (54).

Mit der Androhung der Anwendung unmittelbaren Zwanges wird eine bestimmte Frist angesetzt, bis zu deren Ablauf die im durchzusetzenden Entscheid enthaltende Verpflichtung erfüllt werden kann. Aus diesem Grunde richtet sich die Dauer der Frist nach den Möglichkeiten des Pflichtigen, der hoheitlichen Anordnung nachzukommen (55).

47) Müller, Der Verwaltungszwang, 2 f. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 308.

48) Vgl. oben, 6 f.

49) Bendel, Der Verwaltungszwang, 291. Brunner, Durchsetzung des Staatswillens, 181. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 251. Giacometti, Verwaltungsrecht, 562 f. Grisel, Droit administratif, 338. Haubensack, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen ZPO, 27. Müller, Der Verwaltungszwang, 121. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 308. Fleiner, Institutionen, 217. Götz, Polizeirecht, 143. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 4. Art. 41 Abs. 2 VwG.

50) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 56 B II. Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 57.

51) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 251. Müller, Der Verwaltungszwang, 121 f.

52) Art. 3 Abs. 1 MuDA 76.

53) Müller, Der Verwaltungszwang, 122. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 129.

54) Müller, Der Verwaltungszwang, 123.

55) Bendel, Der Verwaltungszwang, 291 f. Derselbe, Probleme des Gewässerschutzes, 33. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 251. Giacometti, Verwaltungsrecht, 563. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 309 f.

Mit der Androhung ist dem Pflichtigen mitzuteilen, welches Zwangsmittel im Falle der Nichtbefolgung der durchzusetzenden Anordnung möglicherweise ergriffen wird; jedoch muss die genaue Art des Zwangsmittels nicht angegeben werden, da diese erst im Zeitpunkt der Festsetzung entsprechend den besonderen Umständen festzulegen ist (56).

Im Gegensatz zum deutschen Recht (57) ist die Androhung des Zwangsmittels nach mehrheitlicher schweizerischer Auffassung (58) keine beschwerdefähige Verfügung, da sie insbesondere keine Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand hat (59).

III Festsetzung des Zwangsmittels

Die Festsetzung des Zwangsmittels enthält die Vollstreckungsanordnung. Sie ist ein selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt (60). Mit der Festsetzungsverfügung darf entsprechend dem Sinn der Androhung nicht eine über das in jener vorgesehene Zwangsmittel hinausgehende Zwangseinwirkung angeordnet werden (61).

Massgebend für die Wahl und Bemessung der Zwangsart ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (62). Danach muss die Anwendung unmittelbaren Zwanges erforderlich, geeignet und im Verhältnis zum angestrebten Zweck angemessen

56) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 4.

57) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 309. Forsthoff, Lehrbuch, 296. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 4.

58) Müller, Der Verwaltungszwang, 123 f., insbesondere Anm. 16.

59) Art. 5 VwG.

60) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 251. Giacometti, Verwaltungsrecht, 563. Müller, Der Verwaltungszwang, 124. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 310. Forsthoff, Lehrbuch, 296. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II c 7. Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 41 Abs. 1 lit. b VwG.

61) Bendel, Probleme des Gewässerschutzes, 34. Müller, Der Verwaltungszwang, 124 f. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 128 f. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 311. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 977 f.

62) Bendel, Probleme des Gewässerschutzes, 56. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 254. Grisel, Droit administratif, 339. Haubensack, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen ZPO, 29. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 56 B I. Art. 42 VwG.

sein (63). Sodann dient das Verhältnismässigkeitsprinzip seiner Schutzrichtung nach dem Schutz des Bürgers gegen übermässige Eingriffe des Staates und nicht der Wahrung finanzieller Interessen des Gemeinwesens (64).

Naturgemäss kommt dem Vollzugsbeamten bei der Bestimmung des Zwangsmittels ein bestimmter Ermessensspielraum zu (65), da es im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der möglichen Lösungen nicht möglich ist, bestimmte Rangfolgen unter den Zwangsarten aufzustellen (66), weshalb er im Rahmen des ihm zustehenden Auswahlermessens unter mehreren verhältnismässigen Zwangsarten eine bestimmte anzuordnen hat.

IV Die Ausführung des unmittelbaren Zwanges

Mit ihr kann sofort nach der Festsetzung begonnen werden. Selbstverständlich hat sie sich im Rahmen der vorangegangenen Androhung und Festsetzung zu halten (67). In jedem Fall dürfen die Zwangsmittel entsprechend dem Grundsatz der Erforderlichkeit nicht länger angewendet werden, als bis der zu erzwingende Zustand hergestellt worden ist (68).

Im Gegensatz zu den Rechtshandlungen der Polizeibehörden, die im Fall individuell-konkreter Regelung als Verwaltungsakte bezeichnet werden und aufgrund ihres Charakters unmittelbar eine Rechtswirkung auslösen, indem sie Rechte oder Pflichten begründen, abändern oder aufheben, ist die Anwendung

63) Z.B. Bendel, Probleme des Gewässerschutzes, 56 ff. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 116 f. Huber, Verhältnismässigkeit, 27 f. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 58. Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 12 ff. mit Nachweisen. BGE 104 Ib 426 f.

64) Brunner, Durchsetzung des Staatswillens, 186. Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 18 f. BGE 102 Ia 249.

65) Vgl. oben, 17 ff.

66) Vgl. oben, 4 f.

67) Bendel, Der Verwaltungszwang, 293. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 312. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 160 II d.

68) Bendel, Der Verwaltungszwang, 306. Brunner, Durchsetzung des Staatswillens, 186. Derselbe, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 52. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 129.

unmittelbaren Zwanges rein tatsächliches Handeln und ohne unmittelbar rechtliche Relevanz. Solche Handlungen werden Real- (69) oder Tatakte (70) genannt. Sie können nur mittelbar und nur dann rechtliche Wirkungen auslösen, wenn sie fehlerhaft sind oder unterlassen werden, indem sie zur Haftbarmachung des Vollzugsbeamten führen.

-
- 69) Giacometti, Verwaltungsrecht, 55 ff., 533. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 101 ff. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 798 f.
- 70) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 319. Imboden, Nichtigkeit, 18 f. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 93 f. Scholler/Bross, 38 ff. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 22 III b.

§ 3 DAS WESEN DER RECHTFERTIGUNG BZW. DER AUSSCHLUSS DER RECHTSWIDRIGKEIT

A) VORBEMERKUNGEN

Da die Probleme im Zusammenhang mit dem Wesen der Rechtfertigung bzw. dem Ausschluss der Rechtswidrigkeit zu den Grundfragen des Strafrechts gehören und sich dazu in der Lehre verschiedene, zum Teil weit auseinandergehende Theorien gebildet haben, muss im Rahmen dieser Arbeit auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den diversen Streitfragen verzichtet werden. Im folgenden werden daher nur die wichtigsten Grundsätze aufgezeigt, die den anschließenden Ausführungen zugrundeliegen. Dabei wird auf die finale Handlungslehre abgestellt.

B) TATBESTAND UND RECHTFERTIGUNG

I Allgemeines

Nach dem formellen Verbrechensbegriff ist ein bestimmtes menschliches Verhalten strafbar, wenn es tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist (1). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Tatbestand der Träger des Unrechtsgehaltes ist (2). Er umfasst die im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm charakteristischen Unrechtsmerkmale (3), aber auch nur jene, gibt

-
- 1) Noll, Rechtfertigungsgründe, 160. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 111. Schwander, Strafgesetzbuch, 64. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 1 zu Art. 9. Mezger/Blei, Strafrecht I, 55. Schönke/Schröder, N. 12 Vorbem. zu §§ 13 ff. Welzel, Strafrecht, 48.
 - 2) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 95. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 409, Jeschek, Lehrbuch, 196. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 288. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 6 Vorbem. zu § 51. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 455. Stratenwerth, AT, N. 332. Welzel, Strafrecht, 49.
 - 3) Jeschek, Lehrbuch, 196. Schönke/Schröder, N. 48 Vorbem. zu §§ 13 ff. Stratenwerth, AT, N. 355.

also keine Auskunft darüber, was in atypischen Situationen gelten soll (4). Das im Tatbestand zum Ausdruck kommende Unwerturteil ist damit nur als ein generelles, für den Regelfall geltendes zu verstehen (5). Die Feststellung der Tatbestandsmässigkeit eines bestimmten Verhaltens lässt zwar den vorläufigen Schluss auf dessen Rechtswidrigkeit zu - man spricht in diesem Zusammenhang von der Indizwirkung des Tatbestandes (6) -, jedoch bleibt offen, ob andere generelle Rechtsnormen ausnahmsweise jenes rechtsgutverletzende Verhalten gestatten bzw. gebieten (7). Somit stehen sich in den Fällen, in denen sich die Frage der Rechtfertigung stellt, möglicherweise miteinander kollidierende Interessen, nämlich die dem Schutzzweck des Tatbestandes einerseits und dem Ziel der die Rechtsgutverletzung gebietenden oder erlaubenden Normen zugrundeliegenden andererseits gegenüber (8).

Die sich sofort stellende Frage nach der Art und Methode der Auflösung dieser Interessenkollision wird grundsätzlich vom Strafgesetzbuch selbst durch die Formulierung von Rechtfertigungsgründen beantwortet (9), jedoch bedürfen jene Bestimmungen in hohem Masse der Auslegung, was insbesondere auch für Art. 32 StGB zutrifft. Diese Auslegung setzt - will sie sich harmonisch in die Rechtsordnung einordnen - eine Klärung des Verhältnisses zwischen den mit den Rechtfertigungsgründen geltend gemachten Interessen und der durch

-
- 4) Eine andere Ansicht vertreten die Verfechter der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Danach bestimmt der Tatbestand abschliessend die Grenzen von Recht und Unrecht, indem er nicht nur die typischen, sondern alle die Rechtswidrigkeit betreffenden Merkmale umfasst. Vgl. z.B. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 10 f. Roxin, Offene Tatbestände, 121 ff., 173 ff.
 - 5) Noll, Rechtfertigungsgründe, 161. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 136. Schwander, Strafgesetzbuch, 80. Jeschek, Lehrbuch, 260. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 353. Schönke/Schröder, N. 49 Vorbem. zu §§ 13 ff.
 - 6) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 64. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 13. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 136. Jeschek, Lehrbuch, 260. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 353. Schönke/Schröder, N. 4 Vorbem. zu §§ 32 ff. Welzel, Strafrecht, 80.
 - 7) Noll, Rechtfertigungsgründe, 161 f. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 6 Vorbem. zu § 51. Mezger/Blei, Strafrecht I, 121. Schönke/Schröder, a.a.O.
 - 8) Noll, Rechtfertigungsgründe, 162 ff. Derselbe, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 8 f. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 136 f. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 450 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 80. Jeschek, Lehrbuch, 259. Lenckner, Notstand, 120 ff. Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, 41, 54 f.
 - 9) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 142.

das Strafgesetz ausgedrückten Wertordnung voraus. Somit stellt sich die Frage nach dem in den Straftatbeständen zum Ausdruck kommenden Wertmassstab des Gesetzgebers bzw. nach dem Wesen des materiellen Unrechts (10).

II Das im Straftatbestand enthaltene Unwerturteil

1. DAS UNWERTURTEIL ALS FOLGE EINER RECHTSGUTSVERLETZUNG

Die herrschende Lehre versteht unter der Verwirklichung materiellen Unrechts die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern (11). Um alle Tatbestände des StGB zu erfassen, muss man den Begriff "Rechtsgut" sehr weit fassen. Dieser wird etwa als "ideeller Wert der Sozialordnung" (12), als Interesse am Bestehen eines von der Rechtsordnung anerkannten, wertvollen Zustandes (13) oder als "Lebensinteressen der Gemeinschaft, denen das Strafrecht seinen Schutz gewährt" (14), definiert. Die Notwendigkeit, den Begriff so weit zu fassen, ergibt sich aus den unterschiedlichen Schutzrichtungen der einzelnen Tatbestände und führt notwendigerweise zu dessen Entleerung, indem er bei genauem Hinsehen lediglich eine Verweisung auf das positive Recht bedeutet (15).

Das Rechtsgut als staatlich anerkanntes Interesse an einem bestimmten Zustand bildet immer den Kern einer Verhaltensnorm (16). Seine Verletzung oder Gefährdung wird durch den Gesetzgeber negativ bewertet. Sie bildet den Er-

10) Germann, Methodische Grundfragen, 111 ff. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 17 ff. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 441 ff.

11) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 23 f. mit Nachweisen. Schwander, Strafgesetzbuch, 72 f. Jeschek, Lehrbuch, 186. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 12 Vorbem. zu § 51. Schönke/Schröder, N. 8 ff. Vorbem. zu §§ 13 ff.

12) Heimann-Trosien, Leipziger Kommentar, Einleitung, N. 45. Ähnlich Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 443 f. Schönke/Schröder, N. 9 Vorbem. zu §§ 13 ff.

13) Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 24. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 280. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 443.

14) Jeschek, Lehrbuch, 205.

15) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 24 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 280.

16) Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, a.a.O. Schönke/Schröder, N. 10 Vorbem. zu §§ 13 ff.

folgsunwert (17). Das Werturteil, welches zwischen rechtmässigem und rechtswidrigem Verhalten unterscheidet und welches sich für den Schutz bestimmter Rechtsgüter ausspricht, kommt im Rechtssatz in seiner Funktion als Bewertungsnorm zum Ausdruck (18). In diesem Sinne besteht eine Beziehung zwischen dem durch die Norm zum Ausdruck gebrachten Imperativ und dem Erfolg darin, dass die Missbilligung eines durch menschliches Verhalten bewirkten Erfolges das Motiv für die Aufstellung der Norm darstellt (19). Somit ist die vom Gesetzgeber im Tatbestand zu regelnde Frage, ob der Erfolg eines menschlichen Verhaltens missbilligt und gegebenenfalls, wie er bewertet werden soll, in erster Linie Entstehungsgrund der Norm, während deren Inhalt aus der Rechtspflicht besteht, sich so zu verhalten, dass die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter nicht gefährdet oder verletzt werden (20). Aus gesetzestechnischen Gründen beschränkt sich der Gesetzgeber oftmals darauf, den Erfolg, d.h. die Art der Beeinträchtigung bestimmter Rechtsgüter zu umschreiben, während er es Rechtsprechung und Lehre überlässt, zu bestimmen, welche der unzähligen, denkbaren Verhaltensweisen, die zu einem Verletzungs- oder Gefährdungserfolg führen, als rechtswidrig zu qualifizieren sind (21).

Es ist aber zu beachten, dass die Schwere des Erfolgsunwertes grundsätzlich direkt die Schwere des Handlungsunwertes bestimmt (22).

In neuerer Zeit wollen verschiedene Autoren den Erfolgsunwert bei den Fahrlässigkeitsdelikten nur noch als objektive Strafbarkeitsbedingung und nicht

17) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 30. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 237 f. Jeschek, Lehrbuch, 190 f. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 234. Mezger/Blei, Strafrecht I, 90. Schönke/Schröder, N. 57 ff. Vorbem. zu §§ 13 ff.

18) Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 247 f. Engisch, Der Unrechts tatbestand, 413 ff. Jeschek, Lehrbuch, 188. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 8 Vorbem. zu § 51. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 357. Mezger/Blei, Strafrecht I, 90. Schönke/Schröder, N. 51 Vorbem. zu §§ 13 ff.

19) Münzberg, Verhalten und Erfolg, 61. Schönke/Schröder, N. 51 Vorbem. zu §§ 13 ff.

20) Aehnlich Harro, Personales Unrecht, 548 f. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 247 f. Derselbe, Relevanz des Erfolgsunwertes, 182.

21) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 243 f. Stratenwerth, AT, N. 1089 ff. Jeschek, Lehrbuch, 456 f. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 408. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 228 f. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 90 f. Welzel, Strafrecht, 131 ff.

22) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 30.

mehr als unrechtsbegründendes Tatbestandsmerkmal gelten lassen, indem sie ausführen, das Unrecht des fahrlässigen Erfolgsdeliktes liege allein im Handlungsunwert des Täterverhaltens (23).

2. DAS UNWERTURTEIL UEBER EIN BESTIMMTES VERHALTEN

Obschon der Strafgesetzgeber im Tatbestand oftmals einen bestimmten Erfolg umschreibt und dessen Verwirklichung als unerwünscht erklärt, liegt der Sinn der Rechtsnorm nicht ausschliesslich in der Bewertung eines bestimmten Zustandes oder Ereignisses, sondern ebenso sehr darin, den Bürger zu "inhaltlich richtigem Wollen anzuleiten, bevor überhaupt eine Handlung begangen worden ist, die als rechtswidrig bewertet werden könnte" (24). Wesentliches Merkmal der rechtlichen Gebote und Verbote ist damit die Tendenz, rechtmässiges Verhalten zu fördern und unrechtmässiges einzuschränken durch die Aussage, welches Verhalten richtig und welches falsch ist. Dass die Normen als Befehle aufgefasst werden, liegt letztlich nicht an der sprachlichen Fassung, sondern an der hinter der Aussage stehenden staatlichen Autorität, verbunden mit der möglichen Strafe und Haftung. In dieser Funktion als Imperativ an den Menschen wird der Rechtssatz als Bestimmungsnorm bezeichnet (25). Verboten lässt sich nämlich nicht ein bestimmter Zustand, sondern nur das auf den Erfolg abzielende bzw. das jenen möglicherweise bewirkende Verhalten (26).

-
- 23) Dubs, Fahrlässige Delikte, 39 ff. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 410 ff. Derselbe, Dogmatik im Alternativ-Entwurf, 50 ff. Schaffstein, Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte, 561. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 128 ff.
Zur Kritik insbesondere Stratenwerth, Relevanz des Erfolgsunwertes, 177 ff. mit Nachweisen.
- 24) Jeschek, Lehrbuch, 189. Aehnlich Schwander, Strafgesetzbuch, 71. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 361.
- 25) Schwander, Strafgesetzbuch, a.a.O. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 247 f. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 413. Jeschek, Lehrbuch, 188 f. Larenz, Rechtssatz als Bestimmungssatz, 150 ff. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 8 Vorbem. zu § 51. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 357. Mezger/Blei, Strafrecht I, 90. Schönke/Schröder, N. 51 Vorbem. zu §§ 13 ff.
- 26) Z.B. Stratenwerth, Relevanz des Erfolgsunwertes, 182. Derselbe, Finale Handlungslehre, 181.

Somit erschöpft sich das Unrecht nicht in dem auf der Verletzung oder Gefährdung des Rechtsgutes beruhenden Erfolgsunwert, sondern erforderlich ist zusätzlich der in der rechtlich missbilligten Willensbetätigung bzw. der mangelhaften finalen Steuerung des Handlungsablaufes liegende besondere Handlungsunwert (27). Rechtswidrig kann eine Rechtsgutverletzung nur dann sein, wenn sie auf menschliches Verhalten zurückgeführt werden kann (28). Unrecht im Rechtssinne ist damit täterbezogenes, personales Unrecht.

Somit schliessen sich Bewertungs- und Bestimmungsnormen nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen einander; ihrem Wesen nach ist die strafbare Handlung Rechtsgut- und Pflichtverletzung (29).

C) RECHTFERTIGUNG ALS AUFHEBUNG DES HANDLUNGS- UND ERFOLGSUNWERTES

Wenn man die Beurteilung des Wertes oder Unwertes tatbestandsmässigen Verhaltens von einer Bewertung des Erfolges und der Handlung abhängig macht, indem man die Strafrechtssätze als Bewertungs- und Bestimmungsnormen auffasst, so muss zur Rechtfertigung dieses Verhaltens der Handlungs- und Erfolgsunwert entfallen oder aufgewogen werden (30). Ob dies der Fall ist,

-
- 27) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 30 f. Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 191 f. Jeschek, Lehrbuch, 190 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 228 ff. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 53. Schönke/Schröder, N. 54 f. Vorbem. zu §§ 13 ff.
- 28) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 72 ff. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 27. Schwander, Strafgesetzbuch, 72. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 240 ff., 253. Derselbe, Finale Handlungslehre, 181 f. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 395 f. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 448. Schönke/Schröder, N. 54 f. Vorbem. zu §§ 13 ff. Welzel, Strafrecht, 62. BGE 85 IV 95 ff.
- 29) Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 361. Gallas, Stand der Lehre, 41 f. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 242 ff., 255. Derselbe, Relevanz des Erfolgsunwertes, 178 f. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 225 ff. Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 9, 13. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 445. Schönke/Schröder, N. 8 Vorbem. zu §§ 13 ff.
- 30) Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 194 f. Derselbe, Relevanz des Erfolgsunwertes, 178 f. Jeschek, Lehrbuch, 261.
- Wenn im folgenden von "Aufhebung" oder "Aufwägung" des Handlungs- bzw. Erfolgsunwertes gesprochen wird, ist damit gemeint, dass im konkreten Fall mehr Erfolgs- bzw. Handlungswerte verwirklicht sind als entsprechende Unwerte.

entscheidet sich auf dem Wege der wertenden Abwägung aller in Frage kommenden Unrechts- und Rechtfertigungselemente (31).

I Aufhebung des Erfolgsunwertes

Wesentliches Merkmal aller Rechtfertigungsgründe ist die Tatsache, dass das im Straftatbestand zum Ausdruck kommende, generelle Interesse am Schutz bestimmter Rechtsgüter mit anderen, aufgrund einer Wertabwägung bzw. Interessenabwägung als wichtiger anerkannten Interessen in Widerstreit gerät und deshalb durch diese verdrängt wird (32). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im aufzuhebenden Erfolgsunwert nicht nur beeinträchtigte private Interessen, sondern ebensosehr solche der Allgemeinheit enthalten sind. Insbesondere wird im Rahmen dieser Arbeit das Interesse am reibungslosen Ablauf der Rechtsanwendung und an der Durchsetzung staatlicher Hoheitsakte eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen. Wenn mit dem tatbestandsmässigen Verhalten ein bestimmter Wert geschützt werden soll, so muss dieses geeignet sein, jenen Schutz zu bewirken (33). Dabei dürfen die zu verletzenen Interessen den zu schützenden an Wert höchstens ebenbürtig sein und nicht stärker verletzt werden, als es unbedingt notwendig ist (34). Dies erklärt sich aus dem mit den Strafrechtsnormen bezweckten Schutz bestimmter

-
- 31) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 66. Noll, Rechtfertigungsgründe, 165. Derselbe, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 14. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 136 f. Schwander, Strafgesetzbuch, 80 f. Jeschek, Lehrbuch, 260 f. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 27 Vorbem. zu § 51. Lenckner, Notstand, 123 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 364 f. Schönke/Schröder, N. 7, 27 Vorbem. zu §§ 32 ff.
- 32) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 65. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 48 f. Derselbe, Rechtfertigungsgründe, 184. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 137. Schwander, Strafgesetzbuch, 80 f. Jeschek, Lehrbuch, 261. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 34 Vorbem. zu § 51. Schönke/Schröder, N. 4 Vorbem. zu §§ 32 ff. Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, 69 f.
- 33) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 49. Rudolphi, Die pflichtgemässe Prüfung, 81 f.
- 34) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 65. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 49. Derselbe, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 9, 14. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 201. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 137. Jeschek, Lehrbuch, 261. Schönke/Schröder, N. 7 Vorbem. zu §§ 32 ff.

Rechtsgüter, die nur ausnahmsweise beeinträchtigt werden dürfen und auch dann nur in dem Masse, als es unbedingt erforderlich ist.

II Aufhebung des Handlungsunwertes

In seiner Funktion als Bestimmungsnorm richtet sich der Rechtssatz als Imperativ an den Willen des Einzelnen, das durch den Tatbestand umschriebene Rechtsgut nicht zu gefährden oder zu verletzen. Dabei untersagt jener Befehl sowohl das willentliche und wissentliche als auch das auf mangelnder finaler Steuerung beruhende, tatbestandsmässig umschriebene Verhalten. Dieses Verhalten wird dann als Handlungsunwert qualifiziert, wenn es jenem Imperativ bewusst oder infolge Missachtung von Sorgfaltspflichten zuwiderläuft (35).

Sind nun die Voraussetzungen, unter denen strafrechtlich geschützte Rechtsgüter verletzt werden dürfen bzw. müssen, objektiv gegeben und entfällt damit folglich der Erfolgsunwert, so genügt es zur Aufhebung des Handlungsunwertes, wenn der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage handelt, d.h. wenn er weiss, dass das generelle Verbot rechtsgutgefährdenden oder rechtsgutverletzenden Verhaltens im konkreten Fall eine Ausnahme erleiden darf oder muss (36) und zudem den mit dem ausnahmsweisen Ausschluss der Rechtswidrigkeit vom Gesetzgeber gewollten Zweck verfolgt (37), d.h. also, wenn das subjektive Rechtfertigungselement gegeben ist.

Dass der Täter die rechtfertigende Situation nicht nur gekannt, sondern zudem in der Absicht der Ausübung seiner Befugnis oder Pflicht gehandelt haben muss, ergibt sich daraus, dass die zu rechtfertigende Rechtsgüterbeeinträchtigung niemals per se gewollt sein darf, sondern erst dann vom Gesetzgeber unter Abwägung aller sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte gebilligt wird,

35) Vgl. unten, 84 ff.

36) Schönke/Schröder, N. 14 Vorbem. zu §§ 32 ff.

37) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 65 f. Noll, Rechtfertigungsgründe, 171 f. Derselbe, Ubergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 51 ff. Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 193 ff. Jeschek, Lehrbuch, 263. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 39 Vorbem. zu § 51. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 370. Welzel, Strafrecht, 84. BGE 104 IV 2, 93 IV 83.
Nur ausnahmsweise bei "unvollkommenen zweiaktigen Rechtfertigungsgründen", Schönke/Schröder, N. 16 Vorbem. zu §§ 32 ff.

wenn sich der Wille des Täters auf ein gesetzlich als schützenswert anerkanntes Ziel richtet, welches über die Rechtsgüterbeeinträchtigung hinausgeht.

Für den Polizeibeamten bedeutet dies, dass der Handlungsunwert beim unter Art. 32 StGB zu subsumierenden tatbestandsmässigen Verhalten nur dann aufgehoben werden kann, wenn die Rechtsgüterbeeinträchtigung vom Willen der Ausübung der Amtspflichten getragen ist (38).

III Massgeblicher Zeitpunkt für das Urteil über Handlungs- und Erfolgsunwert

Wenn die in den Straftatbeständen zum Ausdruck kommenden Rechtspflichten zu einem bestimmten Verhalten Richtlinie sein sollen, so muss deren Inhalt vor der Tat feststehen. Da die Bewertung der möglichen Rechtsgüterbeeinträchtigung massgeblicher Gesichtspunkt und Voraussetzung für die Bewertung des zu jenem Erfolg führenden Verhaltens ist, muss im konkreten Fall vor Beginn der Handlung feststehen, welcher Erfolg zu erwarten ist. Somit kommt für die Inhaltsbestimmung der entsprechenden zu beachtenden Sorgfaltspflichten nur der vor der Tat, d.h. ex ante für mit mehr oder weniger grosser Wahrscheinlichkeit für möglich gehaltene und nicht der wirklich eingetretene Erfolg und damit die ex post bekannten Tatumstände in Frage (39).

Kann somit die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung nur durch einen Vergleich des wirklichen mit dem gesollten Verhalten beantwortet werden (40)

-
- 38) Damit kann seine Rechtfertigung aufgrund von Art. 32 StGB nur erfolgen, wenn er in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse tätig wird, vgl. unten, 51 ff.
- 39) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 244 f. Derselbe, Erlaubtes Risiko, 193. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 363. Schwander, Strafgesetzbuch, 71. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 248. Walder, Kausalität, 113 f. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 419. Jeschek, Lehrbuch, 265 f. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 64 f. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 31, 35 Vorbem. zu § 51. Rudolphi, Die pflichtgemässe Prüfung, 81 ff. Schönke/Schröder, N. 183 zu § 15. Wolter, Irrtum über den Kausalverlauf, 671 ff.
- 40) Münzberg, Verhalten und Erfolg, 109. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes, 373.

und spielt dabei der tatsächliche im Gegensatz zum vorgestellten Kausalverlauf keine Rolle, so ist bei der Beurteilung der Frage der Aufhebung des Erfolgsunwertes unter anderem nicht die bewirkte, sondern die zu Recht ex ante vorgestellte Rechtsgüterbeeinträchtigung und zur Aufhebung des Handlungsunwerts die Uebereinstimmung der bei der Ausübung der zu rechtfertigenden Tätigkeit zu beachtenden Rechtspflichten mit dem tatsächlichen Verhalten massgebend.

In Abweichung von diesem Grundsatz ist nach einer verbreiteten Auffassung für die Beurteilung der Rechtfertigungsgründe ein objektiver, d.h. ein Ex-post-Standpunkt erforderlich, da die Frage der Rechtswidrigkeit bezüglich allfälliger Gegenrechte eine wichtige Rolle spielt (41). Nur wenige Autoren verfolgen das Prinzip der Ex-ante-Betrachtung auch bei der Beurteilung der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes - nicht nur bei der Frage, ob bei der Notwehr ein Angriff unmittelbar bevorsteht, die immer prognostischer Natur ist - und nehmen die damit verbundenen Schwierigkeiten in der erwähnten Art in Kauf (42) (43).

41) Spillmann, Strafausschliessungsgründe, 18 (ausdrücklich). Jeschek, Lehrbuch, 266. Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 144 f. Stratenwerth, AT, N. 491 ff. Schönke/Schröder, N. 20 Vorbem. zu §§ 32 ff. Welzel, Strafrecht, 98.

42) Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 401. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 35 Vorbem. zu § 51. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 237 f.

43) Vgl. im übrigen unten, 153 ff.

D) RECHTFERTIGUNG DES FAHRLÄSSIG BEGANGENEN DELIKTS

I. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Nach heutiger Lehre (44) und Rechtsprechung (45) sind die Rechtfertigungstatbestände auf Fahrlässigkeitsdelikte anwendbar. Danach kann die Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens dann in Frage kommen, wenn jenes an sich sorgfaltswidrig und damit tatbestandsmässig, jedoch im Ergebnis richtig ist, weil tatsächlich ein Sachverhalt vorliegt, der bezüglich des betroffenen Rechtsgutes ein Eingriffsrecht begründet, was zum Wegfall des Erfolgsunwertes führt, da die Tat auch bei vorsätzlicher Begehung gerechtfertigt werden könnte (46). Bei der Frage der Aufhebung des Handlungswertes wird etwa angenommen, jener sei beim Fahrlässigkeitsdelikt ein anderer als beim Vorsatzdelikt, weshalb subjektive Rechtfertigungselemente überhaupt unnötig (47) oder doch wesentlich zu reduzieren (48), bzw. nur bei der bewussten Fahrläs-

-
- 44) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 90 f. Noll, Rechtfertigungsgründe, 172. Derselbe, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 56 f. Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 247. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 366. Spillmann, Strafausschliessungsgründe, 19. Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 195 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 182 f. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 150 ff. Himmelreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 52 ff. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 410. Jeschek, Lehrbuch, 476 ff. Mezger/Blei, Strafrecht I, 270. Schaffstein, Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte, 562. Schönke/Schröder, N. 94 ff. Vorbem. zu §§ 32 ff. Stratenwerth, AT, N. 1111 ff. Welzel, Strafrecht, 137 f.
- 45) BGE 104 IV 1 f., 79 IV 148.
- 46) Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 56 f. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 384. Schaffstein, Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte, 576. Stratenwerth, AT, N. 1119. Schönke/Schröder, N. 95 Vorbem. zu §§ 32 ff. BGE 86 IV 2, 79 IV 151.
- 47) Jeschek, Lehrbuch, 477. Schaffstein, Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte, 574. Schönke/Schröder, N. 99 Vorbem. zu §§ 32 ff. Stratenwerth, AT, N. 1121.
- 48) Stratenwerth, AT, N. 1122, für Rechtfertigungsgründe, "bei denen ein Unrechtsausschluss ohne entsprechenden Willen des Täters nicht denkbar ist". Ähnlich: Derselbe, Finale Handlungslehre, 195. Nach Schönke/Schröder, N. 98 Vorbem. zu §§ 32 ff., ist ein auf "den sozial wertvollen Erfolg gerichteter Wille nur erforderlich, wenn dieser nicht schon durch die Tat als solche, sondern erst durch eine weitere Handlung erreicht werden kann".
- Gemäss Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 179 ff., ist das fahrlässige Verhalten bei Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen

sigkeit zu verlangen seien. Eine andere Auffassung geht davon aus, man könne bei den Fahrlässigkeitsdelikten zwar nicht den Verteidigungswillen, wohl aber die Kenntnis der rechtfertigenden Situation verlangen (49).

Diejenigen Autoren, nach deren Ansicht das Unrecht tatbestandsmässigen Verhaltens allein durch den Handlungsunwert bewirkt wird, sehen sich der Schwierigkeit gegenüber, eine ausschliesslich subjektive Begründung für die Rechtfertigung des fahrlässigen Verhaltens zu finden. So kann nach Zielinski der Handlungsunwert nur dadurch ausgeschlossen werden, "dass die 'an sich sorgfaltswidrige' Handlung zugleich ein rechtlich positiv bewertetes Handlungsziel intendiert und damit einen Handlungswert realisiert" (50).

II Kritik und eigene Auffassung

Wenn die Rechtfertigung tatbestandsmässigen Verhaltens entsprechend den vorgesehenen Ausführungen (51) nur durch objektive und subjektive Elemente bewirkt werden kann, ist die Rechtfertigung eines fahrlässigen Delikts - selbst des bewusst fahrlässigen - logischerweise nicht möglich, da sie die Kenntnis der rechtfertigenden Situation und die Verfolgung des vom Gesetzgeber mit dem Rechtfertigungsgrund gewollten Zweckes voraussetzt. Auch wenn nämlich der Täter bei bewusster Fahrlässigkeit die rechtliche Situation und damit die Rechtfertigungsmöglichkeit zutreffend beurteilt, kann er im Falle des zu rechtfertigenden Erfolgseintrittes jenen nicht als Folge der Ausübung eines Rechts oder einer Pflicht gewollt haben, da er ja definitionsgemäss auf dessen Ausbleiben vertraut. Soweit ersichtlich, haben die sich zur Frage der Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens äussernden Autoren nirgends einleuchtend begründen können, weshalb die subjektiven Rechtfertigungselemente im Gegensatz zur Rechtfertigung vorsätzlichen Verhaltens entbehrlich sein sollen. Auch wenn der Handlungswert, wie Stratenwerth meint, beim fahrlässi-

zwar nicht gerechtfertigt, jedoch analog zum Versuch, bei dem auch nur der Handlungs- und kein Erfolgswert verwirklicht sei, straflos.

49) Noll, Rechtfertigungsgründe, 171 ff. Derselbe, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 18 f. Himmelreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 67 ff., 103.

50) Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert, 255.

51) Vgl. oben, 35 ff.

sigen Delikt ein anderer ist als beim vorsätzlichen (52), bleibt er eben doch ein Unwert, den es aufzuheben gilt, und zwar nicht nur bei der fahrlässigen Ueberschreitung des Züchtigungsrechts (53), sondern in jedem Fall (54). Dabei ist die Ueberlegung, der Täter sei dann zu rechtfertigen, wenn er auch hätte vorsätzlich handeln dürfen, d.h. die Rechtfertigung durch *argumentum a maiore ad minus* (55) irreführend, da eben auch die vorsätzliche Handlung nur gerechtfertigt werden könnte, wenn die subjektiven Rechtfertigungselemente vorlägen.

Im vielzitierten Beispiel, gemäss welchem der Täter den Angreifer durch einen Warnschuss abschrecken will, jenen aber versehentlich trifft (56), geht es nicht um die Rechtfertigung der dadurch bewirkten Körperverletzung, sondern um die Rechtfertigung der Abgabe eines Warnschusses, da nur dieser zur Verteidigung gewollt ist und deshalb nur der diesbezügliche Handlungsunwert aufgehoben werden kann. Ob das zum Körpertreffer beim Angreifer führende Verhalten des Schützen rechtswidrig ist oder nicht, bestimmt sich danach, ob alle gebotenen Sorgfaltspflichten eingehalten worden sind (57). Was schliesslich Zielinskis Aussage betrifft, fahrlässiges Verhalten könne gerechtfertigt werden, wenn es ein rechtlich positiv bewertetes Handlungsziel intendiert habe, so ist nicht einzusehen, weshalb die Motivation des Täters eine Rolle spielen soll, nachdem die Sorgfaltswidrigkeit festge-

52) Stratenwerth, *Finale Handlungslehre*, 195 f.

53) Stratenwerth, *AT*, N. 1122.

54) Kaufmann, *Lehre des personalen Unrechts*, 398 Anm. 13, nennt die Behauptung, wonach es zur Rechtfertigung fahrlässiger Delikte keiner subjektiven Rechtfertigungselemente bedarf, "wenig überzeugend". Auch nach dem Schema von Stratenwerth, *Relevanz des Erfolgsunwertes*, 178 f., bedarf es für den Ausschluss des Unrechts eines "Erfolgs- und Handlungswertes".

55) Noll, *Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, 56 f. Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, 152.

56) Noll, *Rechtfertigungsgründe*, 172. Bockelmann, *Strafrecht*, *AT*, 166. Frisch, *Fahrlässigkeitsdelikt*, 114. Jeschek, *Lehrbuch*, 477.

57) Gleiches gilt für den Fall in *BGE* 79 IV 151.

Dies anerkennt im Prinzip auch Noll, *Rechtfertigungsgründe*, 172, wenn er ausführt, im zitierten Entscheid sei der Pfadfinder "nicht mehr zur Sorgfalt und Vorsicht gegenüber dem geschützten Rechtsgut verpflichtet, so dass auch der Fahrlässigkeitsbegriff nicht mehr erfüllt ist". Wenn er anschliessend trotzdem davon ausgeht, das Verhalten des Pfadfinders bedürfe einer Rechtfertigung, so ist das unlogisch, da es ja zufolge ausgeschlossener Sorgfaltspflichtverletzung nicht tatbestandsmässig sein kann.

stellt worden ist. Einerseits wird im Strafrecht unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit nur ein bestimmter Ausschnitt menschlichen Verhaltens beurteilt und sind die Motivationen in jenes Urteil nur insoweit aufzunehmen, als dies vom Gesetz vorgesehen ist. So ist beim Diebstahl unerheblich, ob sich jemand eine Sache aneignet, um beispielsweise seine Waffensammlung zu ergänzen oder um sich die unbedingt nötige Operation zu ermöglichen, während bei der Entwendung die Motivationsmöglichkeiten im umschriebenen Umfang zu berücksichtigen sind. Ebenso ist bei Fahrlässigkeitsdelikten für das Unwerturteil irrelevant, was etwa der Automobilist mit dem verkehrswidrigen, sorgfaltspflichtverletzenden und unfallverursachenden Ueberholmanöver bezweckt hat (58).

Andrerseits ist die Argumentation Zielinskis am Beispiel des Bankräuberfalles (59) deshalb unergiebig, weil es dabei um das Problem des Notwehr-exzesses geht, wobei beim Täter für das erlaubte Mass an Verteidigung das subjektive Rechtfertigungselement vorausgesetzt wird. Es wird jedoch die Frage nicht beantwortet, ob auch für den unverhältnismässigen Teil der Notwehrhandlung ein subjektives Rechtfertigungselement notwendig sei, indem ganz generell - und wie mir scheint - vorsichtig vom "Ziel der Rettung" (60) gesprochen und damit auf den fahrlässigen Teil der Handlung nicht eingegangen wird.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich m.E., dass die Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens überhaupt nur dann möglich ist, wenn man - ausgehend von einem unbefriedigenden Ergebnis (61) - das Element des Handlungsunwertes ohne stichhaltige Begründung vernachlässigt und damit der finalen Handlungslehre den Rücken kehrt.

Ausgangspunkt der nun folgenden Ueberlegungen bildet die Tatsache, dass der

58) Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 409.

59) Ein Bankräuber bedroht den Kassier mit einer Pistole. Der zufällig anwesende Kriminalbeamte A, der den Räuber verhaften will, wird von jenem seinerseits mit der Pistole bedroht und verteidigt sich mit einem gezielten Schuss, der voraussehbar zum Tod des Rechtsbrechers führt. Nachträglich stellt sich heraus, dass es sich bei der Pistole des Bankräubers um eine Plastikattrappe handelt, wobei Zielinski anzunehmen scheint, dies sei zu erkennen gewesen.

60) Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 255.

61) Entscheidung des OLG Frankfurt, NJW 1950, 119.

Tatbestand Träger des Unrechtsgehaltes ist (62). Als solcher dient er der Umschreibung des verbotenen Verhaltens (63). Voraussetzung der Rechtfertigung ist die Tatbestandsmässigkeit (64), da nur in diesem Falle Unwerte verwirklicht worden sind, von denen geprüft werden muss, ob sie allenfalls infolge eines Rechtfertigungsgrundes aufgehoben werden können.

Nun verlangt aber oftmals bereits die Abklärung der Tatbestandsmässigkeit Ermittlungen über die Rechtswidrigkeit (65). Dies ist immer dann der Fall, wenn der Tatbestand Elemente enthält, welche normativer Natur sind und nur aufgrund einer wertenden Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen bestimmt werden können (66). Die Wertabwägung im Rahmen des Unrechtstatbestandes soll jedoch nur dann erlaubt sein, wenn "der im Tatbestand verwendete Begriff die kollidierenden Werte als Oberbegriff umfasst und wenn ausserdem die kollidierenden Werte demselben Subjekt angehören" (67). Nach Engisch ist zwischen speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen wie "innerhalb der Amtsbefugnisse" (Art. 285 f. StGB) als einzelnen normativen Tatbestandsmerkmalen und "der Rechtswidrigkeit als Unwertprädikat, das dem Verhalten insgesamt zukommt", zu unterscheiden (68). Erst das Urteil über die Gesamtheit der normativen Tatbestandsmerkmale erlaube eine Aussage über die Rechtswidrigkeit des tatbestandsmässigen Verhaltens, sofern auch alle übrigen deskriptiven Tatbestandsmerkmale gegeben seien (69). Jedoch sei die "grundsätzliche Möglichkeit, Unrecht und Unrechtsausschliessung zu "vertatbestandlichen", allerdings die Grundlage der Lehre vom Unrechtstatbestand als Unrechtstypus" (70).

Während bei den Vorsatzdelikten das mit Wissen und Wollen (deskriptive Ele-

62) Vgl. oben, 30.

63) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 7.

64) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 10. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 397. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 35 Vorbem. zu § 51. Stratenwerth, AT, N. 174.

65) Z.B. Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 13 f. Engisch, Normative Tatbestandselemente, 133 ff.

66) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 12, führt als Beispiel den Tatbestand des Landesverrates an, in dem der Begriff des Wohls des zu schützenden Staates "die Summe der verschiedensten Gemeinschaftswerte, die untereinander in schärfster Weise kollidieren können", beinhalte.

67) Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 13.

68) Engisch, Der Unrechtstatbestand, 411 f.

69) Engisch, a.a.O., 412.

70) Engisch, a.a.O., 412.

mente) auf die Rechtsgüterbeeinträchtigung zielende Verhalten Grundlage des Handlungsunwertes bildet, wobei allerdings auch normative Elemente dazu kommen können (z.B. verwerfliche Gesinnung beim Mord, Art. 112 StGB), werden bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Sorgfaltspflichten, deren Verletzung Voraussetzung des Handlungsunwertes bildet, regelmässig überhaupt nicht (z.B. fahrlässige Tötung, Art. 116 StGB) oder nur teilweise (z.B. Tierquälerei, im nunmehr aufgehobenen Art. 264 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) in deskriptiver, sondern immer (auch) in normativer Art und Weise ("wer fahrlässig...") umschrieben (71). Welzel nennt solche Tatbestände, bei denen der Richter "an Hand des dem Gesetz zu entnehmenden Leitbildes ("Garantenstellung", "verkehrsmässige Sorgfalt") die Tatbestandsergänzung vornehmen muss", "offene Tatbestände" (72).

Wenn grundsätzlich für die Beurteilung der Tatbestandsmässigkeit eines bestimmten Verhaltens Rechtswidrigkeitsermittlungen vorgenommen werden müssen, so besagt dies noch nicht zwingend, dass damit eo ipso bereits ein Urteil über die Rechtfertigung gesprochen wird, da entsprechend der in Art. 1 Abs. 2 ZGB festgehaltenen Aufgabe des Richters beim Fehlen von gesetzlicher Regelung und Gewohnheitsrecht nach der Regel zu entscheiden ist, die der Gesetzgeber aufstellen würde (73). Es wäre also in Anwendung dieser Vorschrift in jedem Fall der Prüfung der Fahrlässigkeit eines bestimmten Verhaltens ein genereller Tatbestand zu konstruieren, wobei in einem zweiten Schritt die Frage einer allfälligen Rechtfertigung beantwortet werden müsste.

Wie erwähnt, ist jedoch die Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens beim Fahrlässigkeitsdelikt entsprechend der gesetzlichen Regelung von Art. 18 Abs. 3 StGB nicht in genereller, sondern in weitgehend konkretisierter Weise vorzunehmen, indem die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Umstände zu berücksichtigen sind, was wohl im Hinblick auf die unendlich vielen Möglichkeiten, einen tatbestandsmässigen Erfolg un-

71) Vgl. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 33 ff. Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 6 f. Welzel, Strafrecht, 131. Siehe im übrigen auch unten, 84 f.

72) Welzel, Strafrecht, 82. Ähnlich Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 360. Kaufmann, Normentheorie, 101, 257 f.

73) Z.B. Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, 75 ff.

vorsätzlich zu bewirken, nicht anders möglich ist (74).

Während die speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale im von Engisch gebrauchten Sinne stets in genereller Weise und unabhängig von den "persönlichen Verhältnissen" des Täters, sowie der "Umstände" festzulegen sind, ist die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung durch ebendiesen Bezug auf die erwähnten Merkmale im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB in hohem Masse auf den konkreten Einzelfall bezogen. Somit ist das Rechtswidrigkeitsurteil beim vorsätzlichen Delikt stets, beim fahrlässigen dagegen nie genereller Natur, da der Handlungsunwert beim letztgenannten allein durch die Sorgfaltspflichtverletzung begründet wird (75), deren Vermeidung ihrerseits durch die Situationsbezogenheit hinsichtlich der unübersehbaren Zahl gefährdungsaufhebender Faktoren bzw. deren Koordinationsmöglichkeiten niemals generell umschrieben werden kann (76).

Diese Aussage gilt auch für die vielzitierten Strassenverkehrsregeln sowie die ärztlichen Sorgfaltsnormen. Wenn etwa das Schneiden einer unübersichtlichen Linkskurve als generell gefährlich bezeichnet wird, so gilt dies dann nicht mehr, wenn die Strasse wegen einer Baustelle auf der rechten Strassen-seite für den Gegenverkehr gesperrt ist oder wenn in der Nacht anhand fehlender entgegenkommender Scheinwerfer einwandfrei festgestellt werden kann, dass kein Gegenverkehr herrscht. In diesem Sinne stellen die an der Art der riskanten Handlung orientierten Verhaltensvorschriften nur in ganz beschränktem Masse auf konkrete Gefahrenlagen ab, sondern geben nur Anweisungen für den Normalfall, während die Sorgfaltspflichten durch ihren Bezug auf die persönlichen Verhältnisse und die Umstände soweit konkretisiert sind, dass sie ein Urteil über die Rechtswidrigkeit erlauben (77).

Wird somit die Tatbestandsmässigkeit beim fahrlässigen Delikt bejaht, so ist notwendigerweise vorgehend festgestellt worden, dass das zu beurteilende

74) Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 172. Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 10 f. Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, 47. Derselbe, Lehre des personalen Unrechts, 408 f. Sinngemäss: Stratenwerth, AT, N. 1093. Welzel, Strafrecht, 134. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 174.

75) Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 410.

76) Vgl. unten, 116 ff.

77) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 218 ff. Vgl. auch unten, 121 f.

Verhalten unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Umstände als rechtswidrig zu qualifizieren ist.

Dies steht im Gegensatz zum methodischen Vorgehen beim Vorsatzdelikt, indem hier ohne Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse durch den Straftatbestand generell die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens bestimmt und erst nachträglich - bei der Prüfung der Frage einer allfälligen Rechtfertigung - die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die konkreten Umstände in Betracht gezogen werden. Der Rechtfertigungstatbestand bestimmt, ob das betroffene Rechtsgut in der konkreten Situation nicht mehr schutzwürdig ist (78) und ob der Täter unter Berücksichtigung seiner persönlichen Eigenschaften zu Recht Rechtsgüter von Dritten beeinträchtigt hat.

Somit wird beim Fahrlässigkeitsdelikt zufolge der Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Umstände bereits bei der Abklärung der Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens in gleichem Umfange geprüft, wie beim Vorsatzdelikt durch die Feststellung der Tatbestandsmässigkeit und die Prüfung allfälliger Rechtfertigungsmöglichkeiten zusammen. Durch die Feststellung der Tatbestandsmässigkeit eines bestimmten unvorsätzlichen Verhaltens ist das Urteil über dessen Rechtswidrigkeit aufgrund der wertenden Abwägung aller sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte (79) und der Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse bereits abschliessend und endgültig gefällt. Es geht deshalb nicht an, in einem weiteren Schritt aufgrund einer zweiten Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der gegebenen Umstände erneut die Frage der Rechtswidrigkeit zu prüfen und dabei zu einem anderen Ergebnis zu kommen, da die für die Frage der Rechtmässigkeit wesentlichen Gesichtspunkte allgemeiner und spezieller Natur bereits bei der Bejahung der Tatbestandsmässigkeit berücksichtigt worden sind. Das Urteil bezüglich der Sorgfaltspflichtverletzung indiziert die Rechtswidrigkeit nicht nur, sondern begründet sie (80).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Problem der subjektiven Rechtfertigungselemente bei den Fahrlässigkeitsdelikten deshalb keine Rolle

78) Schönke/Schröder, N. 10 Vorbem. zu §§ 32 ff.

79) Vgl. unten, 87 f., 121 ff.

80) Mayer, Strafrecht, AT, 182 ff.

spielt, weil die allfällige Aufhebung des Handlungsunwertes durch die umfassende Prüfung der Rechtswidrigkeit bereits im Rahmen der Ermittlungen betreffend den Tatbestand mitberücksichtigt worden ist, indem das täterschaftliche Verhalten hinlänglich auf eventuelle Widersprüche mit der gesamten Rechtsordnung untersucht worden ist. So ist beispielsweise bei der Verletzung eines Menschen bei erlaubtem Risiko aufgrund der wertenden Abwägung der zu berücksichtigenden Interessen (81) festgestellt worden, dass gar kein Handlungsunwert entstanden ist. Dass diese Argumentation nicht abwegig ist, beweist die Tatsache, dass verschiedene Autoren beim ärztlichen Heileingriff den Begriff der Körperverletzung als normatives Tatbestandsmerkmal betrachten und das Verhalten des Arztes nur dann als tatbestandsmässig qualifizieren, wenn ihm Sorgfaltspflichtverletzungen vorgeworfen werden können (82). Dadurch soll die ärztliche Tätigkeit nicht als primär rechtswidrig und der Rechtfertigung bedürftig betrachtet, der Arzt tatbestandlich nicht wie ein Messerstecher behandelt werden (83). Ohne Zweifel stellt sich die Frage der Rechtfertigung ärztlichen Handelns nicht mehr, weil der Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit auf eine Wertabwägung zurückzuführen ist, wie sie sonst im Rahmen der Rechtfertigung vorgenommen wird, da "überwiegende körperliche Interessen die Handlungsweise des Arztes per Saldo heilsam erscheinen lassen" (84).

Aehnlich liesse sich beispielsweise für den Polizeibeamten argumentieren, der bei der Vollstreckung staatlicher Entscheide das Recht gar nicht verletze, sondern wiederherstelle, wobei die Zwangsvollstreckung per Saldo als dem Recht dienlich erachtet werde.

Interessanterweise bleiben diese Ueberlegungen jedoch auf einzelne Fälle beschränkt. Wenn man sie verallgemeinert, bedeutet dies, dass überall dort, wo normative Tatbestandsmerkmale Voraussetzung der Tatbestandsmässigkeit bilden, das im Rahmen der Ermittlungen über die Tatbestandsmässigkeit dies-

81) Vgl. unten, 113 ff.

82) Z.B. Häfliger, Die gebotene Tat, 39 f. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 419. Gallas, Stand der Lehre, 21. Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 11 f., 21 ff. Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, 452. Schönke/Schröder, N. 27 ff. zu § 223 mit Nachweisen.

83) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 62 mit Nachweisen in Anm. 69.

84) Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, 592.

bezüglich gefällte Urteil nicht anlässlich einer zweiten Rechtswidrigkeitsüberprüfung umgestossen werden kann.

Zusammenfassend ergibt sich als Folge dieser Ausführungen die These, wonach Fahrlässigkeit unvorsätzlichem, pflichtwidrigem Verhalten gleichzusetzen ist, wobei das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit als Hilfsmittel zur Ermittlung der Rechtswidrigkeit zu betrachten ist und keinen selbständigen Stellenwert besitzt (85). Die Bestimmung der Sorgfaltspflichten bedeutet die tatbestandsmässige Erfassung eines bestimmten Vorganges, d.h. des Tatverhaltens (86), wobei unter dem Gesichtspunkt des tatbestandsmässigen Erfolges in jedem konkreten Fall der Prüfung einer allfälligen, strafrechtlichen Haftbarkeit unter Einbezug der eventuell vorhandenen deskriptiven Tatbestandsmerkmale durch Auslegung des normativen Begriffs der Fahrlässigkeit ein eigener Tatbestand mit lauter deskriptiven Merkmalen geschaffen wird, unter den der zu beurteilende Sachverhalt zu subsumieren ist.

E) ZUSAMMENFASSUNG

Die strafwürdigen Formen rechtswidrigen Verhaltens sind im schweizerischen Strafgesetzbuch in besonderen Verbrechensumschreibungen enthalten, welche Tatbestände genannt werden. Ein Tatbestand enthält alle im Hinblick auf den Normzweck typischen Unrechtsmerkmale, sagt jedoch nichts darüber aus, was geschehen soll, wenn andere Rechtsnormen jenes rechtsgutverletzende Verhalten erlauben oder gebieten. Die jenen Rechtfertigungstatbeständen zugrundeliegenden Ziele laufen den Schutzzwecken der übrigen Tatbestände zuwider, sind aber im Rahmen der gesamten Rechtsordnung mit dem von dieser bezweckten Rechtsgüterschutz zu vereinbaren, weshalb tatbestandsmässiges Verhalten in einem solchen Fall zwar formell, nicht aber materiell rechtswidrig ist.

Im Anschluss an die neuere Verbrechenslehre wird die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht nur in der Verletzung der durch die Tatbestände geschützten

85) Im Ansatz ähnlich Klug, Sozialkongruenz, 259.

86) Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, 50.

Rechtsgüter (Erfolgsunwert), sondern zusätzlich in der Art und Weise der Herbeiführung des rechtlich missbilligten Zustandes gesehen (Handlungsunwert). Während sich die Strafrechtsnormen als Bestimmungsnormen mit dem Imperativ an den Einzelnen wenden, rechtsgutbeeinträchtigende Verhaltensweisen zu unterlassen, kommt die Bewertung des im Tatbestand geschützten Rechtsgutes im Rechtssatz in seiner Funktion als Bewertungsnorm zum Ausdruck.

Wenn somit die Beurteilung tatbestandsmässigen Verhaltens von der Bewertung des Erfolges und der Handlung abhängt, muss zu dessen Rechtfertigung im Wege einer Gegenüberstellung aller Rechtfertigungs- und Unrechtselemente jeglicher Unwert aufgewogen werden. Dies bedingt, dass durch das tatbestandsmässige Verhalten gesamthaft mindestens ebenbürtige Werte geschaffen oder erhalten werden und dass der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage handelt.

Massgeblicher Zeitpunkt für die Gewichtung des Handlungs- und Erfolgs(un)wertes ist entsprechend dem Grundsatz der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen ein vor der Ausführung des tatbestandsmässigen Verhaltens liegender, d.h. das Urteil über Wert oder Unwert von Verhalten und Erfolg erfolgt von einem Ex-ante-Standpunkt.

Obschon Lehre und Rechtsprechung von der Möglichkeit der Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens ausgehen, ist diese Ansicht nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung unzutreffend.

Aus der Tatsache, dass die Wertung des Verhaltens des Fahrlässigkeitstäters nicht wie im Vorsatztatbestand generell-abstrakt, sondern durch den Bezug auf die persönlichen Verhältnisse und die Umstände individuell-konkret erfolgt, wird die Frage der Rechtmässigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt durch die Bejahung fahrlässigen Verhaltens im gleichen Umfang geprüft wie beim Vorsatzdelikt durch Feststellung der Tatbestandsmässigkeit und Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit zusammen.

Daraus folgt, dass durch die Bejahung der Fahrlässigkeit eines bestimmten Verhaltens nicht nur dessen formelle, sondern zugleich auch dessen materielle Rechtswidrigkeit festgestellt wird.

2. KAPITEL

ABGRENZUNG HOHEITLICHER ZWANGSANWENDUNG VON NOTWEHR UND NOTSTAND BEI DER GEFAHRENABWEHR

§ 1 AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

Ogleich zwei Gesetze - das StGB einerseits und die Gesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges andererseits - mit der Abwehr gegenwärtiger, rechtswidriger Angriffe den gleichen Gegenstand regeln, ist festzustellen, dass sich der Kreis der Fälle zulässiger Notwehr bzw. Notwehrhilfe und gerechtfertigten Notstandes nicht mit dem Kreis der zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben zulässigen Massnahmen deckt. So kann es vorkommen, dass ein nach Polizeirecht - infolge Ueberschreitung der zur Erfüllung von Polizeiaufgaben zulässigen Mittel - nicht erlaubtes Eingreifen gestützt auf die Notrechte zulässig ist (1). Der Gebrauch der Schusswaffe, um einem namentlich bekannten Dieb die wertvolle Beute wieder abzujaen, ist gestützt auf die polizeirechtlichen Zwangsgesetze regelmässig unzulässig, weil er nicht erforderlich ist; als Notwehrhilfe wäre er denkbar (2). Sodann fallen beim Handeln in Notwehr im Gegensatz zum hoheitlichen Einschreiten die Vorschriften über die Androhung unmittelbaren Zwanges und über die örtliche, sachliche und instanzielle Zuständigkeit weg. Schon gestützt auf diese wenigen Beispiele kann gesagt werden, dass sich die Voraussetzungen und der Umfang der Eingriffsrechte bei der Ausübung hoheitlicher Gefahrenabwehr und der Notrechte nicht decken, weshalb im Rahmen dieser Arbeit auf eingehende Nach-

1) Der Begriff "Notrechte" für die Rechtfertigungsgründe der Notwehr und des Notstandes wurde erstmals von Blei verwendet, vgl. Blei, Polizeilicher Waffengebrauch, 626.

2) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 82.

weise der einzelnen Differenzen verzichtet werden kann (3). Im folgenden wird abzuklären sein, ob und gegebenenfalls inwieweit sich der Polizeibeamte bei der hoheitlichen Gefahrenabwehr auf die Notrechtsbefugnisse des StGB stützen kann bzw. muss.

3) Vgl. dazu Müller, Der Verwaltungszwang, 30. Unzutreffend Hug, Schusswaffengebrauch, 40, der grundsätzlich von einer Uebereinstimmung der Voraussetzungen und des Umfangs der Eingriffsrechte gestützt auf die Notrechte sowie hoheitliche Gefahrenabwehr ausgeht. Für die Verhältnisse im deutschen Recht werden die diesbezüglichen Diskrepanzen eingehend dargestellt bei Blei, Polizeilicher Waffengebrauch, 626 f. Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten, 73 f. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 269 ff. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 18 ff., 35 ff.

§ 2 FUNKTION DER HOHEITLICHEN ZWANGSANWENDUNG UND DER AUSÜBUNG DER SELBSTHILFERECHTE

A) FUNKTION DER HOHEITLICHEN KONFLIKTREGELUNG BEI DER GEFAHRENABWEHR

Werden Rechtsgüter der Gemeinschaft oder von Individuen verletzt oder bedroht, so ist die Polizei dazu berufen, erste (repressive und/oder präventive) Massnahmen zu ergreifen (1). Die Polizeigewalt leitet sich aus der Staatsgewalt ab und findet ihren hervorragenden Ausdruck in den polizeilichen Zwangsmitteln. Diese können sowohl repressive als auch präventive Zwecke verfolgen.

Während es im repressiven Bereich darum geht, bereits vollendete Störungen oder Rechtsgüterbeeinträchtigungen aufzuklären, den Störer zu ermitteln und zur Rechenschaft zu ziehen, richtet sich die präventive Tätigkeit auf das Verhindern einer künftigen oder das Beenden einer gegenwärtigen Rechtsgüterverletzung (2). Im Gegensatz zur repressiven Zwangsanwendung, welche in die Vergangenheit zielt, indem sie bereits Geschehenes aufdeckt, erfolgen präventive Massnahmen zu dem Zweck, drohende Gefahren zu verhindern und eingetretene Störungen der Rechtsordnung in Zukunft zu beseitigen (3). Letzteres, nämlich die Wahrung der Sicherheit der Bürger, ist die ureigenste Aufgabe des Staates (4). Da jener den Bürgern durch die Abschaffung des Faustrechtes anlässlich seiner Entstehung die gewaltsame Durchsetzung ihrer Rechte - ausser im Grenzfall der Notwehr und der Selbsthilfe - verbot, hat er dafür zu sorgen, dass diese Rechte nicht durch andere Mitbürger beeinträchtigt werden (5).

-
- 1) Z.B. Dürr, Polizeiliche Generalklausel, 41 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 131 B I. Jost, Polizeibegriff, 20. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 1 f.
 - 2) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 256. Jost, Polizeibegriff, 119 f. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 214.
 - 3) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 131 B II. Jost, Polizeibegriff, 73. Müller, Präventivpolizei, 86. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 151. Drews/Wacke, 43.
 - 4) Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 45. Bremer, Waffengebrauch, 20. Götz, Polizeirecht, 29 ff.
 - 5) Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 361 f. Courakis, Sozialethische Begründung der Notwehr, 52 ff., insbesondere Anm. 117. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 1.

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass es nur ausnahmsweise Situationen geben kann, in denen hoheitliches Handeln rein präventiver oder aber rein repressiver Natur ist. Regelmässig überlagern sich die beiden Bereiche. Sehr oft liegen nämlich bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges zur Verhinderung der Beeinträchtigung von Rechtsgütern ausreichende Gründe für ein gerichtlich straf- und verfolgbares Verhalten vor (6). Andererseits beinhaltet auch die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe neben den repressiven im Gedanken des damit bewirkten Schutzes der Gemeinschaft präventive Elemente. Prävention liegt nicht nur dort vor, wo sie scheinbar im Vordergrund steht, wie etwa bei verhinderten Tötungsverbrechen oder Geiselnbefreiungen, sondern in einem weiteren Sinne auch in jeder Strafverfolgungsmassnahme, welche sich mit bereits geschehenen Rechtsgüterverletzungen befasst. Abgesehen davon, dass bereits die einzelne Zwangsmassnahme einen vorbeugenden Charakter haben kann, liegt ein solcher jedenfalls in der Bestrafung (7). In diesem Sinne verfolgt grundsätzlich jede Anwendung unmittelbarer Gewalt gegen Personen sowohl repressive als auch präventive Zwecke. Eine ausschliesslich präventiv wirkende Zwangsmassnahme ist prinzipiell nur gegen Sachen denkbar, und zwar nur bei reiner Gefahrenabwehr (8), nicht aber, wenn sie bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges als im Verhältnis zur Massnahme gegen Personen mildere Zwangsart eingesetzt wird. Ausnahmsweise ist rein präventives Einschreiten gegen Personen denkbar, nämlich beim gezielten Todesschuss auf den Geiselnnehmer zur Rettung der Geiseln (9).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die staatliche Gefahrenabwehr zum Ziele hat, den Freiheitsraum des Einzelnen im Interesse aller gleichmässig zu beschränken, indem in diesen Raum vorstossende Angriffe verhindert werden (10). Dabei richtet sich das staatliche Vorgehen nicht nur auf den

6) Dies gilt beispielsweise immer dann, wenn die auf die Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter gerichtete Handlung bereits im Versuchsstadium unterbrochen wird.

7) Rehberg, Strafrecht II, 7. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 39 ff. Jeschek, Lehrbuch, 4. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 90. Schönke/Schröder, N. 2 ff. Vorbem. zu §§ 38 ff.

8) Z.B. Abschuss eines tollwütigen Tieres.

9) Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 138. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1034.

10) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 128 f. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 45. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 150. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 125 II a.

Schutz bestimmter Rechtsgüter bzw. Rechtsgütergruppen, sondern gleichzeitig auf die Haftbarmachung des Störers und damit einhergehend im Sinne der Generalprävention auf die Einwirkung der Allgemeinheit durch Abschreckung und Stärkung des Rechtsbewusstseins (11).

B) FUNKTION DER INDIVIDUELLEN KONFLIKTREGELUNG

Von der staatlichen Zuständigkeit zur Wahrung der Sicherheit der Bürger ausgenommen ist in gewissen Fällen der Individualschutz. Neben dem gesellschaftlichen Aspekt der Wahrung des Gemeinschaftsfriedens durch den Schutz der in diesem Interesse geschaffenen Rechtsordnung soll in bestimmten Situationen der Lage aus der Sicht des einzelnen Individuums besonders Rechnung getragen werden. Das muss immer dann der Fall sein, wenn der staatliche Schutz nicht rechtzeitig gewährt werden kann, d.h. also insbesondere im gesetzlich geregelten Fall der Notwehr (12). Deutlich wird dies bei der Notwehr des Polizeibeamten. Wird er angegriffen, so hat seine Abwehr primär individuellen Charakter, selbst wenn sich der Angreifer durch sein Verhalten regelmässig strafbar macht und die öffentliche Ruhe und Ordnung stört, mithin Zwang aufgrund polizeirechtlicher und strafprozessualer Normen anzuwenden wäre; auch wenn der Beamte oftmals in Ausübung dienstlicher Verrichtungen in eine Notwehr- oder Notstandssituation gelangt, verteidigt oder rettet er seine Rechtsgüter doch als Mensch und schreitet nicht etwa ein, weil er zum Einschreiten verpflichtet ist (13); in diesem Sinne muss man m.E. dem Polizeibeamten in gewissen Situationen auch zugestehen, dass er die Flucht ergreift.

Anders als bei der hoheitlichen Gefahrenabwehr erfolgt daher die individuelle Konfliktregelung primär zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffes mit

11) Jost, Polizeibegriff, 75. Noll, Strafrecht I, 8 f. Schwander, Strafrechtsgesetzbuch, 19. Jeschek, Lehrbuch, 52. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 89.

12) Brägger, Notstand, 100 f. Eberle, Selbsthilfe, 9. Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 4. Jeschek, Lehrbuch, 269 f. Schaffstein, Strafrechtliche Notrechte des Staates, 99.

13) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 133.

dem Ziel der Selbsterhaltung und Selbstbehauptung, ohne dass dabei insbesondere gesellschaftliche bzw. generalpräventive Zwecke verfolgt werden (14). Für diese Auffassung spricht auch die Tatsache, dass die Ausübung der Notwehr oftmals als subjektives Recht bezeichnet wird (15). Ginge es primär um die Rechtsbewährung, so wäre kaum einzusehen, warum nicht auch nachträglich gegen den Angreifer vorgegangen werden dürfte (16).

Somit wird die Notwehr und entsprechend der Notstand zur Negation sozialer Bindung und zum Verzicht auf das Gewaltmonopol des Staates (17). Beide liegen zwar im öffentlichen Interesse (18), jedoch überwiegt das individualrechtliche Element, was im übrigen auch darin zum Ausdruck kommt, dass dem Angegriffenen keine ehrlose Flucht zugemutet wird (19) und dass er nicht verpflichtet ist, Notwehr zu üben (20).

-
- 14) Müller, Notwehr und Notwehrexzess, 27 f. Sinngemäss: Noll, Ubergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 25. Schröder, Die Not, 3 ff. Streckeisen, Notwehr, 31 f. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 145 ff. Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 88 ff. Jeschek, Lehrbuch, 270 mit Nachweisen. Himmelreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 84, 86 ff. Schröder, Notwehr, 138 ff.
 - 15) Eberle, Selbsthilfe, 7. Logoz, Kommentar, N. 1 zu Art. 33. Courakis, Sozialethische Begründung der Notwehr, 74 ff. mit Nachweisen.
 - 16) Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 88 ff. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 364 ff.
 - 17) Burckhardt, Vom Rechtszwang, 58. Eberle, Selbsthilfe, 9 f. Landmann, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe, 28 f. Arzt, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, 84. Himmelreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 74. Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 633. Schröder, Notwehr, 127. Zur philosophischen Begründung des Notwehrrechts, Courakis, Sozialethische Begründung der Notwehr, 25 ff. Himmelreich, a.a.O., 69 ff.
 - 18) Die sozialrechtliche Seite der Notwehr zeigt sich insbesondere in deren wenig aussagekräftigen Umschreibung als Kampf des Rechts gegen das Unrecht bzw. als Verteidigung der Rechtsordnung, vgl. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 66. Müller, Notwehr und Notwehrexzess, 15. Schröder, Die Not, 5. Schwander, Strafgesetzbuch, 83. Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 92 ff. mit weiteren Nachweisen. Himmelreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 86 ff. Jeschek, Lehrbuch, 270. Baldus, Leipziger Kommentar, N. 1 zu § 53. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 374. Schöнке/Schröder, N. 1 zu § 32. Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, 60.
 - 19) Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 145. Streckeisen, Notwehr, 28. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 13 zu Art. 33. Arzt, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, 80. Jeschek, Lehrbuch, 270. Schöнке/Schröder, N. 40 zu § 32 mit Nachweisen. BGE 102 IV 229 f., 79 IV 153.
 - 20) Noll, Rechtfertigungsgründe, 162. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 145. Töndury, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht, 124. BGE 75 IV 51. A.M. Clerc/Stark, Strafrecht, 92.

C) ZUSAMMENTREFFEN VON INDIVIDUELLER UND STAATLICHER KONFLIKTREGELUNG

Aus dem soeben Angeführten wird deutlich, dass es häufig Situationen geben kann, in denen sowohl hoheitlich als auch aufgrund von Notrechten eingegriffen werden kann bzw. muss. Von vornherein ist eine Grenzziehung zwischen hoheitlich gebotenem Handeln und der Ausübung von Notrechten schwierig. So handelt der Beamte, der selbst unmittelbar angegriffen wird, wohl primär zum Zwecke der Selbstbehauptung und Selbsterhaltung und damit in Notwehr (21). Dies dürfte auch dann gelten, wenn er einem schwer bedrängten Kollegen Hilfe leistet. Bei der Abwehr eines Angriffes auf irgendeinen Dritten, beispielsweise eine Geisel, kann der individuelle Aspekt der Abwehr zwar auch vorhanden sein, jedoch tritt er gegenüber dem hoheitlichen in den Hintergrund (22). Ein Grenzfall diesbezüglich liegt vor, wenn ein auf frischer Tat ertappter Einbrecher sich der drohenden Festnahme dadurch entzieht, dass er gezielt auf den Polizeibeamten schießt. In einem solchen Falle kann der polizeiliche Schusswaffengebrauch sowohl hoheitlichen als auch notrechtlichen Charakter haben, indem er einerseits mit dem Ziel der Festnahme erfolgt, andererseits aber auch der Angriffsabwehr sowohl im Sinne der Notwehr als auch des Polizeirechts dient. Konkret stellt sich unter diesem Gesichtspunkt die Frage des Verhältnisses der speziellen Bestimmungen über die Anwendung unmittelbaren Zwanges zu den allgemeinen Notrechten.

21) Gobrecht, Schusswaffengebrauch, 13.

22) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 133.

A.M. Greiner, Schusswaffengebrauch, 107.

§ 3 DAS VERHÄLTNIS VON NOTRECHTEN UND HOHEITLICHEN ZWANGS- EINGRIFFSBEFUGNISSEN IN LEHRE UND RECHTSPRECHUNG

Soweit ersichtlich, geht die herrschende Auffassung in der Schweiz dahin, dass die Notrechte uneingeschränkt neben den Amtsbefugnissen zum Einsatz unmittelbaren Zwanges Anwendung finden sollen (1). Dagegen will Müller (2) die Notwehr "als Rechtsgrund für hoheitlichen Waffengebrauch" ausschliessen, weil der Einsatz der Schusswaffe gestützt auf die Notrechte viel eher gerechtfertigt wäre, als dies nach polizeirechtlichen Grundsätzen der Fall ist. Zudem soll in den Fällen, in denen die Voraussetzungen für das Handeln in Notwehr gegeben sind, bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ein strenger Massstab angewendet werden, da dem Polizeibeamten mit der Uebergabe der Dienstwaffe durch den Staat ganz besonderes Vertrauen entgegengebracht worden sei.

Auch in Deutschland lässt sowohl die Gesetzgebung (3) als auch die herrschende Lehre (4) und Rechtsprechung (5) die Notrechte uneingeschränkt neben

-
- 1) Brunner, Durchsetzung des Staatswillens, 186. Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 333 f. Hug, Schusswaffengebrauch, 39 f. Noll, Rechtfertigungsgründe, 182 f. Noll, Ueberwachung, 55 f. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 35 ff., 81 ff. BGE 99 IV 256 f., 94 IV 9.
 - 2) Müller, Der Verwaltungszwang, 30.
 - 3) Zitate der entsprechenden Gesetzesbestimmungen bei: Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 85, Anm. 118. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 297 ff. Schnupp, Anwendung unmittelbaren Zwanges, 262 ff. DMuE § 35 Abs. 2.
 - 4) Bockelmann, Notrechtsbefugnisse, 241 ff. Bremer, Waffengebrauch, 95 ff. mit weiteren Zitaten in Anm. 1. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 148 ff. Conen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 65 f., 69. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, 208. König, Unmittelbarer Zwang, 1712. Lange, Musterentwurf, 11. Derselbe, Waffengebrauchsrecht, 358. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 144 Vorbem. zu § 51. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1043. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 42 ff. Derselbe, Notrechtsvorbehalte, 276 ff. Ludwig, Straftaten mit Geiselnahme, 111. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 384 f. Merten, Schusswaffengebrauch, 101. Pioch, UZwG, 158, 169 f. Schaffstein, Strafrechtliche Notrechte des Staates, 105 ff., der bei der Notwehr allerdings den Grundsatz der Verhältnismässigkeit angewendet sehen möchte, mit Nachweisen in Anm. 8. Schmidhäuser, Notwehr und Nothilfe, 62 f. Schöнке/Schröder, N. 42 zu § 32. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 56 f. Derselbe, Rechtfertigungsgründe für Hoheitshandeln, 1906. Wenzky, Geiselschutz durch Schusswaffengebrauch, 296. Ule/Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 315.

den Vorschriften über die hoheitliche Zwangsanwendung bestehen, während eine stark gewordene Minderheit den Rückgriff des Staates bzw. seiner Organe auf "Jedermannsrechte" als unrichtige Hilfskonstruktion mit Umgehungscharakter beurteilt. Demgegenüber beruft sich die herrschende Lehre insbesondere auf die Folgen, die zu erwarten wären, wenn in Notlagen die Hilfsbefugnisse der Polizei stärker eingeschränkt würden als die eines beliebigen Dritten (6). Zu dieser Beweisführung vom Resultat her kommt als weiteres Argument, dass ein bundesrechtlich eindeutig geregelter Rechtfertigungsgrund des StGB nicht durch das Recht der Gliedstaaten eingeschränkt werden kann (7).

In anschaulicher Weise hat Blei dargelegt, dass man dem Polizeibeamten im Dienst nicht zugestehen könne, "überall da, wo seine Befugnisse durch die Vorschriften des Polizeirechts begrenzt sind, durch eine bloße Mentalreservation gleichsam die Uniform auszuziehen und dann als "Privatmann" zu tun, was zu tun ihm als Polizeibeamter versagt ist" (8). In Verfolgung dieses Gedankens halten verschiedene Autoren dafür, dass es nicht richtig sein könne, einen polizeilich gebotenen oder gewünschten Erfolg, der nach den Vorschriften über die Anwendung unmittelbaren Zwanges nicht vorgesehen ist, mit straf- und zivilrechtlichen Vorschriften zu rechtfertigen (9), um so über die Notrechte die zulässigen Fälle hoheitlicher Zwangsmassnahmen zu erweitern (10). Manche Äusserungen gehen so weit, den Polizeibeamten die

-
- 5) Zur deutschen Rechtsprechung: Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 324 ff. Bremer, Waffengebrauch, 95, Anm. 2.
 - 6) Z.B. Lange, Musterentwurf, 12. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 16 f.
 - 7) Z.B. Schaffstein, Strafrechtliche Notrechte des Staates, 105 f.
 - 8) Blei, Polizeilicher Waffengebrauch, 627. Ähnlich Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 335.
 - 9) Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 3 f. Gobrecht, Schusswaffengebrauch, 12 ff. Greiner, Schusswaffengebrauch, 106 f. Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 633. Schnupp, Zwangsanwendung, durch Polizeibeamte, 267.
 - 10) Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 838. Blei, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 627. Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 3 f. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 137. Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 633. Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten, 78. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 77. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 88. Derselbe, Bewusste Tötung, 1. Derselbe, Kriminalistik 29, 387 f. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 792. Schnupp, Zwangsanwendung durch Polizeibeamte, 267. Scholler/Bross, 228. Ähnlich v. Winterfeld, Der Todesschuss der Polizei, 1882. Amtliche Begründung zum DMuE, Punkt 3.44.

Rechtfertigung durch Notwehr und Notstand für an sich straftatbestandsmäßige Handlungen, die sie in Ausübung ihres Amtes vornehmen, schlechthin zu verneinen (11). Andere sind der Ansicht, der Notwehrvorbehalt sei nur insoweit unbeachtlich, als er ein polizeirechtlich nicht begründetes Recht zur Nothilfe gewähren könnte, betrachten also den Rückgriff auf den Notwehrtatbestand bei reiner Selbstverteidigung als zulässig (12). In differenzierter Betrachtungsweise sollen nach einer anderen Meinung die Notrechte nur dann zur Anwendung gelangen können, wenn der Polizeibeamte ausserhalb seines Dienstes tätig wird, für ihn eine besondere Gefährdung eingetreten ist oder wenn Umstände vorliegen, die die Merkmale der Notwehr erfüllen und die Gefahr vom Polizeibeamten oder einem anderen nur durch Ausnützung der Notwehreberechtigung abgewendet werden kann (13). Schumacher führt aus, bei der Notwehr handle der Polizeibeamte zwar ebenfalls im Dienst, jedoch nicht in Wahrnehmung spezifisch polizeidienstlicher Aufgaben; selbst wenn man sagen wollte, "der Beamte habe die Pflicht, Angriffe von sich abzuwehren, um sich der Allgemeinheit bzw. gefährdeten Dritten als vollwertiges Ordnungsorgan zu erhalten, werde man nicht leugnen, dass eine solche Pflicht den persönlichen Integritätsinteressen untergeordnet wäre" (14) (15). Damit impliziert er, dass der Beamte auch in Ausübung seines Dienstes von den Notrechten Ge-

-
- 11) Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1041 ff.; allerdings sind auch für Lerche Fälle denkbar, "in denen der Selbstschutz des Beamten in keinem inneren Zusammenhang zu seiner hoheitlichen Aufgabe steht. In solchen wenigstens vorstellbaren Fällen würde der Beamte sozusagen nur 'bei Gelegenheit' und nicht 'in Ausübung' seiner dienstlichen Funktion handeln" (Lerche, a.a.O., 1042). Solche Fälle wären nach der Auffassung von Lerche auf jeden Fall atypisch.
 - 12) Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 840. Blei, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 630. Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 4. Greiner, Schusswaffengebrauch, 106 f. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 137. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 356, insbesondere Anm. 96. Krey/Meyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, 4 f. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 92 ff. Schumacher, Problematik des Todesschusses, 259 f.
 - 13) Bergschneider, Polizeilicher Waffengebrauch, 80 f. Gobrecht, Schusswaffengebrauch, 12 f.
 - 14) Schumacher, Problematik des Todesschusses, 260. Ähnlich Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 634. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 51 ff.
 - 15) Eine solche Pflicht scheint Bergschneider, Polizeilicher Waffengebrauch, 70, anzunehmen.

brauch machen könne, jedoch nicht in hoheitlicher Funktion, sondern als "Jedermann" (16). Der Unterschied zur herrschenden Lehre besteht in der Praxis vor allem darin, dass der Beamte nicht verpflichtet werden kann, von seinen Notrechten Gebrauch zu machen.

Vereinzelt wird die Aufnahme eines auf die Abwehr von Gefahren von Leib und Leben beschränkten Notwehrtatbestandes in die Gesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges befürwortet (17).

16) Aehnlich: Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 634. Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten, 77. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 791 ff. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 332. Amtliche Begründung zum DMuE § 42 Abs. 1.

17) Gobrecht, Schusswaffengebrauch, 16. Rupprecht, Die tödliche Abwehr, 267.

Einen solchen Notwehrtatbestand hat Oesterreich in WGG § 7 Ziff. 1 und StVG 105 Abs. 6 Ziff. 1 geschaffen, vgl. dazu Jäger, Zum Schusswaffengebrauch, 229.

Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 MuDA 76.

§ 4 KRITIK UND EIGENER LÖSUNGSVERSUCH

A) KRITIK AM UNEINGESCHRAENKTEN NEBENEINANDER VON AMTSBEFUGNISSEN UND HOHEITSRECHTEN

Ausgangspunkt der nachfolgenden Ueberlegungen bildet ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Notrechte (1). Diese stellen die natürlichen, auf Selbstbehauptungswillen und menschlicher Hilfsbereitschaft beruhenden Befugnisse der Privatpersonen dar und sind individualrechtliche Behelfe (2). Im Rechtsstaat, der seit der Abschaffung des Faustrechts das Zwangsmonopol innehat, gibt es grundsätzlich keinen Privatzwang (3). Nur in ganz seltenen Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn hoheitliche Hilfe nicht bzw. nicht rechtzeitig erreicht werden kann, ist es Privatpersonen erlaubt, speziell geregelte Notrechte in Anspruch zu nehmen (4). In diesen Fällen zulässigen Privatzwanges liegt eine Durchbrechung der staatlichen Autorität (5).

Wenn es sich aber bei den Notrechten um ausschliesslich auf Privatpersonen zugeschnittene und nur diesen zustehende Befugnisse handelt, so ist damit unvereinbar, sie zugleich dem Staat als Zwangsmittel zur Verfügung zu stellen (6). Es ist nicht sinnvoll, den Staat gerade dann, wenn die ausschliesslich ihn berechtigenden und verpflichtenden Normen nicht als Grundlage für sein Tätigwerden herangezogen werden können, auf Normen zurückgreifen zu lassen, die er für den Fall aufgestellt hat, dass sein Eingreifen nicht möglich ist. Die Befugnisse, die Art. 33 f. den Privatpersonen gewährleihen, erscheinen folglich als Grundlage hoheitlicher Anwendung unmittelbaren Zwanges nicht deshalb unzumässig, weil die besonderen Vorschriften über die Zwangsanwendung jenen vorgehen würden, sondern weil sie ihrem Wesen nach

1) Courakis, Sozialethische Begründung der Notwehr, 25 ff. Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauches, 4. Himmelreich, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, 69 ff. Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 633. Schröder, Notwehr, 127 ff.

2) Vgl. oben, 55 f.

3) Vgl. oben, 1 f.

4) Vgl. oben, 55.

5) Vgl. oben, 56.

6) Klose, Notrecht des Staates, 70 f.

nicht als Mittel zur Durchsetzung staatlicher Aufgaben bestimmt sind (7). Die Verweisung legitim ausgeübt, aus der Staatsidee abgeleiteter Staatsgewalt in die Individualsphäre des materiellen Strafrechts bedeutet eine zweifelhafte Hilfskonstruktion, "eine Verkenning der Ordnungsfunktion des Staates, in der die Gesamtheit der Staatsbürger dem Rechtsbrecher entgegentritt" (8). Aufgrund dieser Ueberlegungen scheint mir die These, wonach Exekutivorgane hoheitliche Gewalt kraft ihrer individuellen Selbsthilfebefugnisse üben können, unrichtig zu sein. Da das Strafrecht zudem grundsätzlich nur menschliches Verhalten, nicht jedoch Handlungen juristischer Personen und des Staates würdigt (9), würde die Aufrechterhaltung der These dazu führen, dass hoheitliches Handeln als persönliches Vorgehen des Amtsträgers anzusehen wäre (10). Solche individuellen Rechtfertigungsmöglichkeiten können keine Ermächtigung an die Exekutive im Sinne des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung darstellen (11). Dies scheint Schwabe zu verkennen, wenn er ausführt, die Rechtfertigung des Polizeibeamten müsse auch auf den Staat durchschlagen, da sonst "zwar der Amtsträger gerechtfertigt ist, nicht aber der Staat, für den er tätig wurde" (12).

Die Notrechte bedeuten somit keine Erweiterung der zulässigen Fälle hoheitlicher Zwangsmassnahmen, da sie nicht Grundlage hoheitlichen Handelns sein

7) Aehnlich Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 4. Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 633 f. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 791.

A.M. Bockelmann, Notrechtsbefugnisse, 244, der nicht nur mit der herrschenden Lehre annimmt, der Polizeibeamte habe das Recht, sondern sogar der Auffassung ist, er sei verpflichtet, vom Notwehrhilferecht Gebrauch zu machen. Aehnlich Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 390.

8) v. Winterfeld, Der Todesschuss der Polizei, 1882. Aehnlich Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 136. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 782.

9) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 72. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 27. Logoz, Commentar, Remarques générales titre deuxième, N. 2. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 108 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 66. Thormann/v. Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 4 zu Art. 6. BGE 85 IV 97.

10) Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 317.

11) Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 838. Conen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 66. Hummel-Lilijegren, Der tödliche Schuss, 375. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 340 f. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 89. Derselbe, Musterentwurf, 338.

12) Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 56.

können (13). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass der Polizeibeamte nicht verpflichtet werden kann, von seinen Notrechten Gebrauch zu machen (14), was vor allem bei der Notwehrhilfe, etwa bei einem auf jene gestützten, kommandierten Schusswaffengebrauch anlässlich einer Geiselnahme aktuell werden kann (15).

An dieser Rechtslage vermag auch die Befürchtung nichts zu ändern, infolge der Aberkennung einer Rechtfertigung durch Notrechte für staatliche Organe stünden den privaten Schutzorganisationen oder Bürgerwehren weitergehende Eingriffsrechte zu als den Dienst leistenden Polizeibeamten, was geeignet sei, die Privatinitiative der Bürger auf den Plan zu rufen, wie dies in den Vereinigten Staaten von Amerika der Fall sei (16). In der Tat ist die Zahl der in den gewerblichen Schutzorganisationen Beschäftigten sowohl in der Schweiz als auch in ihren Nachbarländern in den letzten Jahren rapide angestiegen. Diese Tatsache vermag jedoch an der gesetzlichen Lage nichts zu ändern, sondern kann - falls sie wirklich auf zu enge Kompetenzen der zur Gefahrenabwehr verpflichteten Amtsträger zurückzuführen ist - nur de lege ferenda im Sinne einer Erweiterung der entsprechenden öffentlichrechtlichen Vorschriften über die Gefahrenabwehr oder in einer allfälligen zusätzlichen Kontrolle jener Selbstschutzorganisationen Beachtung finden (17) (18).

13) Vgl. oben, 62 f.

14) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 332. Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 3 f. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 137. Kinnen, Notwehr und Notwehrhilfe, 634. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 792.

Ausdrücklich a.M. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 58.

15) Vgl. unten, 76 ff.

16) Arzt, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, 87 f. Lange, Musterentwurf, 12. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 375. Schaffstein, Strafrechtliche Notrechte des Staates, 100 ff.

17) Vgl. Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten, 79.

18) Im übrigen braucht das Aufkommen von privaten Schutzorganisationen nicht bzw. nicht nur eine Folge der im Verhältnis zu den Notrechten engeren hoheitlichen Gewaltrechte zu sein, sondern mag weitgehend auch daher rühren, dass die Polizeikorps in personeller Hinsicht nicht die Mittel haben, jeden sich bedroht fühlenden Bürger zu bewachen. Schliesslich dürften auch die Motive für die Anforderung von Polizeischutz bzw. den Einsatz von privaten Bewachern sehr unterschiedlich sein, indem neben der tatsächlichen Gefährdung auch der mit einer solchen Bewachung offensichtlich verbundene soziale Prestigegewinn eine nicht zu unterschätzende Rolle zu spielen scheint.

B) EIGENER LOESUNGSVERSUCH

I Systematische Stellung von Notrechten und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen in der Rechtsordnung

1. PROBLEMSTELLUNG

Nach geltendem Recht stehen die behördlichen und bürgerlichen Gewaltrechte als Teile verschiedener Normsysteme in den Fällen, in denen eine Notwehr- oder Notstandssituation gegeben ist, zueinander im Verhältnis der uneingeschränkten Konkurrenz. Eine bestimmte tatsächliche Situation, bei der die Gefahr der Verletzung von Rechtsgütern besteht, kann nach herrschender Auffassung sowohl zum Einschreiten aufgrund von Notrechten als auch gestützt auf das Polizeirecht berechtigen. Dieses Nebeneinander von Gewaltrechten soll nach dem vorstehend Gesagten dadurch eingeschränkt werden, dass der Polizeibeamte im Falle, in dem die polizeirechtlichen Normen ein Eingreifen nicht rechtfertigen, zur hoheitlichen Gefahrenabwehr nicht auf die Notwehr zurückgreifen kann. Es gilt folglich zu untersuchen, ob diese Auffassung vom Verhältnis zwischen bürgerlichen und hoheitlichen Gewaltrechten mit dem geltenden Recht zu vereinbaren ist.

Um die Voraussetzungen der Anwendung hoheitlicher bzw. individueller Zwangsbefugnisse, respektive das Kriterium ihrer Abgrenzung aufzeigen zu können, muss nachstehend das Verhältnis der bundesrechtlichen Notrechte zu den kantonal geregelten, polizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen einerseits und das Problem der gleichzeitigen Anwendung mehrerer Rechtfertigungsnormen andererseits untersucht werden.

2. DAS VERHAELTNIS ZWISCHEN DEN NOTRECHTEN UND DEN KANTONALEN HOHEITLICHEN EINGRIFFSBEFUGNISSEN

2.1. Allgemeine Kompetenzausscheidung

Artikel 2 der Uebergangsbestimmungen der Schweizerischen Bundesverfassung enthält den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, gemäss welchem mit eidgenössischem Recht im Widerspruch stehendes kantonales Recht ausser Kraft tritt.

Die Gefahrenabwehr ist - soweit nicht Bundesrecht eine bestimmte Materie spezialgesetzlich geregelt hat - in Anwendung von Art. 3 BV Sache der Kantone (19), während das Strafrecht gestützt auf Art. 64 Abs. 1 BV bundesrechtlich geregelt ist. Somit können die Kantone ihren Beamten nur insofern Eingriffsbefugnisse zur Gefahrenabwehr gewähren, als sie damit öffentlich-rechtliche Normen statuieren, d.h. solche, die ihrem Sinn und Zwecke nach dem öffentlichen Recht angehören (20).

2.2. Notrechte und hoheitliche Gewaltrechte unter dem Gesichtspunkt der derogatorischen Kraft des Bundesrechts

Aufgrund der derogatorischen Wirkung der strafrechtlichen Notrechte können kantonale hoheitliche, d.h. öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse nur dann und insoweit Bestand haben, als sie mit dem Recht zur Gefahrenabwehr gemäss Art. 33 f. StGB nicht übereinstimmen.

Der Sachbereich des öffentlichen Rechts und damit auch der hoheitlichen Eingriffsbefugnisse wird vom übrigen Recht durch die Subordinationstheorie abgegrenzt. Nach ihr ist für die Qualifikation einer Rechtsbeziehung massgeblich, ob der durch den Eingriff betroffene Bürger in einem Unterordnungsver-

19) Aubert, Droit constitutionnel, Bd. 1, N. 727 ff. Fleiner/Giacometti, 793 f. Huber, IMP, 338 mit Nachweisen.

20) Grisel, Droit administratif, 50 f. mit Nachweisen. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 1 B IV a mit Nachweisen. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 7 f.

hältnis zu Staat steht (21). Entsprechend der ebenfalls zu berücksichtigenden Interessentheorie gehören dem öffentlichen Recht wesentlich diejenigen Vorschriften an, die primär der Wahrung öffentlicher Interessen dienen (22). Nach der neueren Subjektstheorie von Wolff/Bachof handeln die Träger und Organe hoheitlicher Gewalt dann "in Ausübung öffentlicher Gewalt", wenn sie aufgrund einer nicht jedermann, sondern ausschliesslich ihnen zustehenden Kompetenz tätig werden (23).

Während nun die hoheitliche Vollstreckung von Rechtsakten, die zur Gefahrenabwehr erlassen worden sind, aufgrund Sonderrechts erfolgt sowie in erster Linie und wesentlich im öffentlichen Interesse liegt (24), verfolgt die individuelle Konfliktregelung durch ihre Ausrichtung auf Selbstbehauptung und Selbsterhaltung in ausgeprägter Weise Privatinteressen (25). Selbst wenn man sagen wollte, Notwehr sei der Kampf des Rechts gegen das Unrecht, weshalb auch die Ausübung der Notrechte neben jenen individuellen gewisse öffentliche Interessen verfolge, so treten die letzteren gegenüber den ersteren doch stark zurück (26). Insbesondere tritt der Staat, der bestimmte Rechtsakte durch seine Organe vollstrecken lässt, den in jenen verpflichteten Bürgern als übergeordnetes und mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattetes Rechtssubjekt gegenüber, während der seine Notrechtsbefugnisse ausübende Bürger dem durch die Gefahrenabwehr Betroffenen gleichgeordnet gegenübersteht.

In diesem Sinne bilden die kantonale rechtlichen Eingriffsermächtigungen - im Gegensatz zu denjenigen in Art. 33 f. StGB - öffentlichrechtliche Normen. Sie regeln eine andere Materie als die strafrechtlichen Rechtssätze und können daher aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht ausser

21) Grisel, Droit administratif, 46, 48. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 1 B IV mit Nachweisen. v.Münch, Verwaltungsrecht, 14 f. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 34 f.

22) Grisel, Droit administratif, 44 f., 46. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 1 B II b mit Nachweisen. v.Münch, Verwaltungsrecht, 14 f. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 34 f.

23) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 22 II d. v.Münch, Verwaltungsrecht, 14 ff.

24) Jost, Polizeibegriff, 60 f. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 2.

25) Vgl. oben, 55 f.

26) Vgl. oben, 55.

Kraft gesetzt werden, während umgekehrt ihr Bestand und ihre Geltung von den Notrechten nicht tangiert wird. Gleichzeitig ist damit dargetan, dass die Erlaubnisnormen des StGB 33 f. nicht öffentlichrechtlicher Natur sind, obgleich sie sich in einem Gesetz des öffentlichen Rechts befinden (27). Somit können sie nicht zu hoheitlichen Eingriffen ermächtigen.

2.3. Problem der Inkorporation der Notrechtsbefugnisse in die Polizeigesetze

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass die Uebernahme der Notrechtstatbestände in die Gesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges, insbesondere die Schusswaffenreglemente (28) nur dann einen Sinn haben kann, wenn sie als öffentlichrechtliche Bestimmungen eingefügt würden, da sie sonst zufolge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gar nicht in Kraft treten könnten. Handelt es sich bei den so übernommenen "Notrechten" aber um öffentlichrechtliche Normen, sind bei ihrer Anwendung die öffentlichrechtlichen Grundsätze, wie beispielsweise die Zuständigkeitsvorschriften zu beachten (29). Daraus ergibt sich, dass das Verhalten des Polizeibeamten, der in Anwendung dieser ins öffentliche Recht "übertragenen Notrechtsbefugnisse" handelt, nach den für die hoheitliche Gefahrenabwehr geltenden Normen zu beurteilen ist und dass in strafrechtlicher Hinsicht eine Rechtfertigung nicht durch die Notrechtstatbestände, sondern gestützt auf Art. 32 StGB zu erfolgen hat. Damit verliert aber die Uebernahme der Notrechtstatbestände in die Gesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges ihren Sinn, da die Abwehr von Gefahren im dadurch geschaffenen Rahmen ohnehin aufgrund der generellen Pflicht zur Gefahrenabwehr geboten ist.

Wenn im übrigen in der amtlichen Begründung zur MuDA 76 ausgeführt wird, bei den Ziff. 1 und 2 des Art. 2 handle es sich um die Rechtfertigungsgründe des StGB, so ist dies in dreifacher Hinsicht unrichtig: Zunächst enthalten

27) Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 834. Klose, Notrecht des Staates, 79.

28) MuDA 76 Art. 2 Ziff. 1 und 2.

29) Vgl. oben, 51.

jene Ziffern nicht strafrechtliche, sondern verwaltungsrechtliche Normen, sodann sind bei ihrer Anwendung die besonderen, im Verwaltungsrecht geltenden Grundsätze zu befolgen und schliesslich bildet danach - in Abweichung vom Wortlaut des Notwehrtatbestandes gemäss Art. 33 StGB - nicht ein rechtswidriger, sondern ein gefährlicher Angriff Voraussetzung des Schusswaffeneinsatzes (30).

3. ZUR KONKURRENZ DER RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE VON ART. 32 UND ART. 33 F. StGB

Unter dem Gesichtspunkt der strafrechtlichen Rechtfertigung handelt es sich im Falle der Gefahrenabwehr, welche in Anwendung hoheitlicher oder bürgerlicher Gewaltrechte erfolgt, um das Problem der gleichzeitigen Anwendung mehrerer Rechtfertigungstatbestände. Die Frage nach der Art des Konkurrenzverhältnisses erlangt deshalb Bedeutung, weil man sich fragen muss, ob eine der konkurrierenden Rechtfertigungsnormen trotz Vorliegens ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen auszuschneiden hat. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, die verschiedenen Rechtfertigungsgründe seien nebeneinander anwendbar und stünden untereinander in keiner Reihenfolge (31). Wenn nämlich die Rechtsordnung nicht nur einen, sondern gleich mehrere Unrechtsausschlussgründe bereitstellt, so ist mangels entgegenstehender Gesichtspunkte davon auszugehen, dass damit jeweils selbständige Rechtfertigungsmöglichkeiten eröffnet werden, die einander nicht ausschliessen. Dabei ist zu beachten, dass alle Rechtfertigungsgründe dieselbe Wirkung haben, indem sie zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit führen (32).

30) Diese Formulierung ist somit enger als die Umschreibung der Voraussetzungen der Notwehr und würde überdies bei wörtlicher Auslegung bedeuten, dass der Polizeibeamte verpflichtet wäre, auch dann gegen einen sich wehrenden Bürger mit der Schusswaffe vorzugehen, wenn er jenem gegenüber zu Unrecht Zwang anwendet, ihn also rechtswidrig angegriffen hat, sofern sich jener nur in gefährlicher Weise wehrt.

Vgl. auch Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 37.

31) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 148. Jeschek, Lehrbuch, 267 Anm. 40. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 317. Klose, Notrecht des Staates, 84. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 33 Vorbem. zu § 51. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 367 f. Warda, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 149.

32) Jeschek, Lehrbuch, 267.

Ausnahmsweise kann jedoch - in Anwendung der Grundsätze der strafrechtlichen Konkurrenzlehre - ein Rechtfertigungsgrund unter dem Gesichtspunkt der Spezialität einen anderen verdrängen, wenn "eine solche Ausschlusswirkung nach dem Wortlaut und Zweck der Vorschriften, insbesondere dem Sinnzusammenhang ihrer Rechtsfolgenanwendung als vom Gesetzgeber gewollt anzusehen ist, was bei Rechtfertigungsgründen ... gerade wegen der Gleichheit der Rechtsfolgen im Zweifel nicht der Fall ist" (33).

Im Falle der Gewaltanwendung zur Abwehr von Gefahren können, wie vorstehend ausgeführt, je nach Situation zwei Normsysteme zur Anwendung gelangen, die zueinander nicht im Verhältnis von generellen und speziellen Vorschriften stehen, da im Gesetz keine Anhaltspunkte für eine bestimmte Reihenfolge unter ihnen zu finden sind. Die Rechtfertigung der sich auf jene stützenden Eingriffe bedingt das Vorliegen unterschiedlicher tatbestandlicher Voraussetzungen. Aus all dem kann geschlossen werden, dass eine Abhängigkeit oder gegenseitige Bedingtheit bzw. eine bestimmte Rangfolge unter den Rechtfertigungsgründen der Erfüllung einer Amtspflicht einerseits sowie der Notwehr und des Notstandes andererseits nicht gegeben ist (34). Sie sind folglich unabhängig voneinander bzw. nebeneinander abwendbar.

33) Warda, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 166. Aehnlich Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 148. Jeschek, Lehrbuch, 267 Anm. 40. Klose, Notrecht des Staates, 84 f. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 33 Vorbem. zu § 51. Schönke/Schröder, N. 27 Vorbem. zu §§ 32 ff. Seelmann, § 34 StGB, 36 f.

34) Klose, Notrecht des Staates, 85.

II Abgrenzung zwischen hoheitlichen Eingriffsbefugnissen und Notrechten

1. HOHEITLICHE GEWALTRECHTE UND NOTWEHR

1.1. Hoheitliche Gewaltrechte und Selbstverteidigung

Bei der Selbstverteidigung im Rahmen der Notwehr wendet der Angegriffene eine drohende oder tatsächliche Verletzung seiner rechtlich geschützten Interessen dadurch ab, dass er die Rechtsgüter des Angreifers seinerseits gefährdet oder verletzt (35). Die Abwehrhandlung muss dabei vom Verteidigungswillen getragen sein (36). Dagegen greift der Beamte bei der Gefahrenabwehr aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften entsprechend dem Legalitätsprinzip in Erfüllung seiner Pflicht ein, um die öffentliche Ordnung und Sicherheit aufrechtzuerhalten (37), die durch den Angriff gegen ihn gestört worden ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es richtig ist, dass der Polizeibeamte gestützt auf Art. 33 StGB im Falle eines widerrechtlichen Angriffes unabhängig von den Vorschriften über die Zuständigkeit, das Verfahren und die Anwendung unmittelbaren Zwanges auch dort und in einem solchen Masse einschreiten darf, wie es ihm bei Beachtung jener Vorschriften nicht gestattet wäre.

Eine Reihe von Autoren verneinen die Frage mit der Begründung, der Polizeibeamte sei besser ausgerüstet (38) und ausgebildet als die übrigen Bürger, weshalb an ihn höhere Anforderungen gestellt werden dürften (39). Diese

35) Z.B. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 66. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 145 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 83 f.

36) Z.B. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 67, Jeschek, Lehrbuch, 275. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 382. Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 191 f. Zu den subjektiven Rechtfertigungselementen vgl. im übrigen, 37 f.

37) Aubert, Droit constitutionnel, Bd. 1, N. 217, Bd. 2, N. 1759 f. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 128. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 131 B I und III. Jost, Polizeibegriff, 15. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 150. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 2. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 125 I.

38) Schumacher, Problematik des Todesschusses, 259 f.

39) Müller, Der Verwaltungszwang, 30. Blei, Polizeilicher Waffengebrauch, 625 ff. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 150. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 137. Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten, 75. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 327.

Überlegung ist für sie ausreichend, das Recht des Polizeibeamten zur Notwehr einzuschränken. Eine solche Argumentation ist m.E. nicht stichhaltig. Sie übersieht, dass sich einerseits auch Kriminelle ausbilden (lassen) und beispielsweise ein junger Gewaltverbrecher einem kurz vor der Pensionierung stehenden Beamten regelmässig von vornherein überlegen sein wird, sowie dass andererseits das individuelle Recht zur Notwehr als selbständiger Rechtfertigungsgrund durch die Berücksichtigung öffentlicher Interessen weder eingeschränkt noch erweitert werden darf (40). Es ist davon auszugehen, dass jeder Polizeibeamte nicht nur Werkzeug zur Durchsetzung des Staatswillens ist, sondern zugleich ein Individuum mit dem persönlichen Recht zur Abwehr von Angriffen gegen seine Rechtsgüter. Vom Privatmann unterscheidet sich der Beamte im Dienst unter diesem Gesichtspunkt nur dadurch, dass er sich in Erfüllung seiner Amtspflichten regelmässig in Situationen begibt, von denen er weiss, dass sie mit einem Angriff gegen seine persönlichen Rechtsgüter ausgehen können (41). Der Polizeibeamte ist daher mehr als jeder andere Bürger der Gefahr ausgesetzt, unvermittelt rechtswidrig angegriffen zu werden (42). Will man insbesondere dessen Recht auf Leben und körperliche Integrität gegenüber dem Bürger nicht einschränken, so müssen ihm die gleichen Möglichkeiten zur Abwehr von rechtswidrigen Angriffen zugestanden werden, wie sie Privatpersonen gestützt auf Art. 33 StGB beanspruchen können (43). Die

-
- 40) So aber m.E. zu Unrecht Klose, *Notrecht des Staates*, 89 ff., der aus der Tatsache, dass sich der bei Gelegenheit des Dienstes handelnde Beamte auf die Notrechte stützen kann, schliesst, demzufolge habe er auch bei der Ausübung von Notwehr und Notstand das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichtigen. Wenn nämlich, wie Klose richtigerweise annimmt, der öffentlichrechtliche Charakter einer Handlung nicht verloren geht, weil jene auf keiner öffentlichrechtlichen Kompetenzgrundlage beruht, folgt daraus keineswegs, dass die Kompetenzgrundlage durch Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ersetzt werden kann.
- 41) Klinkhardt, *Selbsthilferechte des Amtsträgers*, 303.
- 42) Hartmann, *Der Waffengebrauch der Polizei*, 333 f. Schumacher, *Problematik des Todesschusses*, 260.
- 43) Hartmann, *Der Waffengebrauch der Polizei*, 333 f. Noll, *Rechtfertigungsgründe*, 182. Bergschneider, *Polizeilicher Waffengebrauch*, 80. Bockelmann, *Menschenrechtskonvention*, 467. Bremer, *Waffengebrauch*, 33, 98. Conen, *Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen*, 66. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 331 mit Nachweisen. Kinnen, *Notwehr und Notwehrhilfe*, 633 f. Klinkhardt, *Selbsthilferechte des Amtsträgers*, 303. Lange, *Musterentwurf*, 12. Derselbe, *Waffengebrauchsrecht*, 358. Hirsch, *Leipziger Kommentar*, N. 144 zu § 51. Pioch, *UZWG*, 169 f. Rupprecht, *Todesschuss und Wertordnung*, 792. Derselbe, *Die tödliche Abwehr*, 264. Schröder, *Notwehr*, 138. Schwabe, *Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts*, 37.

obrigkeitliche Zurückhaltung ist dann nicht mehr am Platze, wenn Leib oder Leben von Beamten einer Gefahr ausgesetzt sind, da jene Rechtsgüter ebenso unwiederbringlich sind und in der Wertskala verfassungsmässiger Rechte an derselben Stelle stehen wie diejenigen der übrigen Bürger. Auch wenn also der einen rechtswidrigen Angriff auf seine rechtlich geschützten Interessen abwehrende Beamte in Ausübung oder bei Gelegenheit seines Dienstes handelt, so schliesst das keineswegs aus, dass seine Abwehr primär individuellen Charakter hat (44). Andererseits ergibt sich aus dem Gesagten, dass es nicht richtig sein kann, die Selbsthilferechte des Beamten mit Rücksicht auf die von ihm repräsentierte Staatsgewalt durch die Mitberücksichtigung öffentlichrechtlicher Werte zu erweitern (45), da, wie erwähnt, bei der individuellen Konfliktregelung die dienstliche Stellung nicht berücksichtigt werden kann.

Ob der Polizeibeamte im konkreten Fall in Ausübung des Notwehrrechts oder hoheitlicher Befugnisse handelt, bestimmt sich aufgrund des mit dem zu rechtfertigenden Verhalten verfolgten Zweck (46). Liegt dieser in der Durchsetzung eines staatlichen Hoheitsaktes, so finden die Normen des Polizeirechts Anwendung. Handelt es sich bei der Abwehr jedoch primär um eine Massnahme der Selbstverteidigung, so ist der Notwehrtatbestand heranzuziehen. In diesem Sinne ist Krüger zuzustimmen, wenn er die Abgrenzung "von der Situation und der Willensentscheidung des Vollzugsbeamten her bestimmt" (47). Danach kommt es darauf an, ob der Beamte dem Störer gegenüber als staatlicher Hoheitsträger auftritt und den die Gefahr beseitigenden Rechtsakt im öffentlichen Interesse vollstrecken will oder aber dem Angreifenden als gleichgeordneter Bürger gegenübertritt mit der Absicht, seine persönlichen Rechtsgüter primär im eigenen Interesse zu verteidigen.

44) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 133. Schumacher, Problematik des Todesschusses, 260.

45) Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 336 ff.

46) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 86. Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 839. Vgl. auch die Ausführungen über die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht, 66 f.

47) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 94. Ähnlich Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 3. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 345, der aber darin nur ein Indiz sehen will.

Nicht zu folgen ist m.E. aber der von Krüger daraus gezogenen Schlussfolgerung, wonach eine Ueberlagerung der beiden Bereiche nicht stattfindet (48). Es ist nämlich nicht zwangsläufig so, dass sich der Beamte nur für die Selbstverteidigung oder aber die Durchführung einer Zwangsmassnahme entscheidet; er kann auch beides wollen, beispielsweise, wenn er einen auf frischer Tat ertappten Dieb festnehmen will, obschon jener sich den Weg zur Flucht freizuschiessen sucht und damit den Beamten aufs höchste gefährdet (49).

Dieser auf die Willensentscheidung abstellenden Abgrenzung kann entgegengehalten werden, dass sie ausschliesslich auf ein subjektives Kriterium abstelle und dass es deshalb schwierig sei, darüber sichere Aussagen zu machen (50). Dazu ist zweierlei zu sagen: Einmal ist in all jenen Fällen, in denen sich der Wille des Beamten gleichermassen auf die Durchführung einer Zwangsmassnahme als auch auf die Selbstverteidigung richtet, die Frage der Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt von Art. 32 und Art. 33 StGB zu prüfen, weshalb in einem solchen Fall nicht entschieden werden muss, welcher Rechtfertigungsgrund heranzuziehen ist (51); zum andern kann ein Kriterium nicht deshalb ungeeignet sein, weil es schwierig nachzuweisen ist, da es in jedem Fall der Selbstverteidigung in der Form des Notwehrwillens als subjektives Rechtfertigungselement Voraussetzung der Rechtfertigung bildet (52).

48) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 94 f.

49) Aehnlich Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 134. Pioch, UZwG, 166. Vgl. im übrigen das Beispiel auf Seite 79.

50) Conen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 69. Krey/Meyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, 5. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1042. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 15 f. Derselbe, Rechtfertigungsgründe für Hoheitshandeln, 1903.

51) Ueber die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen vgl. oben, 69 f.

52) Vgl. oben, 37 f.

1.2. Hoheitliche Gewaltrechte und Notwehrhilfe

Soweit es um das grundsätzliche Verhältnis von Notwehrrecht und hoheitlichen Eingriffsbefugnissen geht, kann auf das unter Ziff. 1.1. Gesagte verwiesen werden.

Der Grund für die gesonderte Behandlung der Notwehrhilfe liegt in der Ueberlegung, dass der Polizeibeamte gestützt auf die Notwehrbestimmung zu einem die Gefahr von den Rechtsgütern eines Dritten abwehrenden Eingriff berechtigt, aufgrund polizeirechtlicher Normen jedoch dazu verpflichtet ist. Daraus erklärt sich wohl auch die Forderung verschiedener Autoren, dem Polizisten sei die Berufung auf den Notwehrtatbestand im Falle der Notwehrhilfe zu verwehren (53), da er ohnehin aufgrund des öffentlichen Rechts zum Einschreiten verpflichtet sei (54). In der Tat scheint hier die Grenzziehung in dem Sinne schwierig, als die Gefahr einer missbräuchlichen Berufung auf das unabhängig von den einschränkenden öffentlichrechtlichen Normen anzuwendende Notwehrrecht unter Hinweis auf die generelle und ausgeprägte Hilfsbereitschaft des Polizeibeamten durchaus vorhanden ist. Abgesehen davon, dass allfällige Beweisschwierigkeiten an der gegebenen rechtlichen Situation nichts zu ändern vermögen, ist davon auszugehen, dass der Beamte aufgrund seiner dienstlichen Stellung und insbesondere seiner öffentlichrechtlichen Pflicht zur Gefahrenabwehr prinzipiell öffentliches Recht anzuwenden hat (55). Seine Hilfsbereitschaft allein vermag die Pflicht zur hoheitlichen Gefahrenabwehr nicht zu beseitigen (56). Erst wenn sich aus der konkreten Situation und dem Willen des Polizeibeamten ergibt, dass er nicht obrigkeitlich aufgrund öffentlichen Rechts, sondern als ein dem Angreifenden gleichgeordneter Bürger eingreift, kann sein Verhalten als Notwehrhilfe qualifiziert werden.

53) Vgl. oben, 60, insbesondere Anm. 12.

54) Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 840.

55) Zu weit geht m.E. die Auffassung von Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 15, wonach ein Polizist wegen seiner Pflicht zur Gefahrenabwehr stets hoheitlich hilft. Ähnlich Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1039.

56) Die Wahlfreiheit zugunsten öffentlichen oder privaten Rechts "darf jedoch nicht dazu benutzt werden, sich den öffentlichen Bindungen zu entziehen" (Amelung, Rechtfertigungsgründe und hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates, 834). Vgl. auch Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, 519.

So wird sich die Abwehrhandlung des sich im Dienst befindlichen Polizeibeamten gegen einen Unbekannten, den er beim Versuch der Entführung seiner Tochter überrascht, auf den Notwehrtatbestand stützen. Ähnliches dürfte für die Verteidigung des von einem Dritten angegriffenen Polizeikollegen gelten, mit dem der die Gefahr abwehrende Täter auf einer Nachtpatrouille Dienst leistet (57). In derartigen Fällen deuten neben der vorauszusetzenden subjektiven Hilfsbereitschaft die besonderen Verhältnisse darauf hin, dass aufgrund der gegebenen Interessenlage beim Beamten die individuelle Zielrichtung seines Verhaltens auf Kosten des hoheitlichen, unbefangenen Entscheides (58) völlig in den Vordergrund tritt. Ist dies der Fall, so soll dem Beamten wie jedem anderen Bürger das Recht zur individuellen Konfliktregelung auch in Zukunft zugestanden werden, ohne dass er die besonderen und im Verhältnis zur Notwehr engeren Voraussetzungen der Anwendung unmittelbaren Zwanges zu beachten hätte. Er braucht insbesondere seinen Eingriff nicht anzudrohen und auf seine sachliche und örtliche Zuständigkeit keine Rücksicht zu nehmen.

Aus dem Gesagten wird zusätzlich deutlich, dass es nicht richtig sein kann, wenn dem Polizeibeamten die Ausübung der Notwehrhilfe befohlen wird (59).

Beispiel: Der Münchner Bankraub, zusammengestellt nach Schröder, Polizei und Geiseln, 13 ff.

Am 4. August 1971 gegen 17 Uhr erreichte die Polizei in München ein Anruf aus der Bankfiliale der Deutschen Bank AG, worin Bankkassierer Kellhofer mitteilte, die Filiale sei von einer schwerbewaffneten Gruppe der Roten Front besetzt worden. In der Forderungsnote der Bankräuber hiess es, bis 22 Uhr Ortszeit seien zwei Millionen Mark unter im einzelnen festgelegten Modalitäten im Bankgebäude zu übergeben und ein neutraler Fluchtwagen der Marke BMW bereitzustellen. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Forderungen stellten die Bankräuber die Aktion 'Elend' in Aussicht, wonach die ausserhalb der Bank befindlichen Organe der Roten Front Maschinengewehrattentate auf die Bevölkerung verüben und der Raum München während 48 Stunden von Mordanschlägen sowie der Zerstörung vorwiegend sozialer Einrichtungen heimgesucht werde; die Bankräuber ihrerseits würden in den Tod gehen und die Bank mit 20 Kilogramm Sprengmasse in die Luft sprengen.

Im übrigen verlangte die Rote Front eine totale Nachrichten-

57) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 133.

58) Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten, 74.

59) Vgl. im übrigen oben, 64.

sperre. Seitens der Polizei wurde bekanntgegeben, es handle sich bei den Tätern um zwei bewaffnete Männer, welche 13 Geiseln in ihrer Gewalt hätten und mit Maschinenpistolen bewaffnet seien. Das Gebiet um die Bank wurde hermetisch abgeriegelt. Nach zähen telefonischen Verhandlungen mit den Geiselnehmern wurden bis auf fünf Personen alle Geiseln freigelassen und der BMW als Fluchtfahrzeug bereitgestellt, wobei mehrere Strassensperren aufgehoben wurden, um den freien Abzug zu ermöglichen. Obschon die Umgebung der Bankfiliale für Passanten gesperrt war, drängten sich Journalisten und Photoreporter in die Hauseingänge, während Hunderte von Menschen aus Fenstern und von Balkonen trotz Aufrufen der Polizei, sich zurückzuziehen, das Geschehen verfolgten.

Während die Einsatzleitung zunächst in den Händen des Münchner Polizeipräsidenten, Dr. Scheiber, lag, übernahm später Oberstaatsanwalt Sechser die Gesamtleitung der Polizeiaktion.

Nachdem das verlangte Lösegeld vor der Bank abgestellt und vom Kassier auf Geheiss eines Geiselnehmers ins bereitgestellte Fluchtauto gebracht worden war, wurde die 20jährige Ingrid Reppel mit verbundenen Augen zum Auto geführt. Als der eine Bankräuber namens Rammelmayr mit seiner Maschinenpistole vor dem Wagen angelangt war, eröffneten Scharfschützen der Polizei aus ihren mit Zielfernrohren ausgerüsteten Gewehren das Feuer auf ihn. Der tödlich getroffene Rammelmayr konnte beim Zusammensinken noch vier Schüsse abgeben, welche die Geisel Ingrid Reppel töteten. Gleichzeitig stürmten Polizeibeamte von drei Seiten die Bank und überwältigten den zweiten Täter.

Während der Polizeiaktion drängten sich zahlreiche Zuschauer an den Ort des Geschehens und fotografierten die Presseleute mit Blitzlicht, was für die im Einsatz stehenden Polizeibeamten hinderlich war und den Scharfschützen im entscheidenden Augenblick das genaue Zielen erschwerte.

Gegen den Einsatzleiter, Oberstaatsanwalt Sechser, und Polizeipräsident Dr. Scheiber wurde Strafanzeige wegen vorsätzlicher Tötung eingereicht. Das Vorgehen der Polizei wurde teilweise heftig kritisiert. Insbesondere wurde den verantwortlichen Organen vorgeworfen, man hätte die Erpresser länger hinhalten oder ihnen freies Geleit geben sollen und der Gebrauch von Schusswaffen sei an sich oder zufolge der "miserablen Schiesskünste" der Scharfschützen unverhältnismässig gewesen. Verschiedentlich wurde Polizei und Behörden der Vorwurf gemacht, sie hätten sich gegen die Geiseln austauschen lassen sollen.

Zu den gemachten Vorwürfen äusserten sich die Verantwortlichen dahingehend, der Einsatz der Schusswaffe sei gerechtfertigt gewesen. Aufgrund des im Zeitpunkt des Banküberfalles bekannten Sachverhaltes habe man davon ausgehen müssen, dass das Leben der Geiseln ernsthaft und unmittelbar bedroht gewesen sei. Ein freier Abzug der Geiselnehmer mit ihren Geiseln sei deshalb nicht in Frage gekommen, weil einerseits die Gefahr einer Schiesserei in der Innenstadt erheblich gewesen sei und dort unter einer grossen Menschenmenge viele Opfer hätte fordern können und weil andererseits keine hinreichende Gewähr dafür bestanden habe, dass sich die Geiselnehmer der Geiseln nicht nachträg-

lich auf gewaltsame Weise entledigt hätten. Im übrigen bedauerte Oberstaatsanwalt Sechser, nur den Befehl erteilt zu haben, die Geiselnahme kampfunfähig zu schießen, d.h. auf den Rumpf und nicht auf den Kopf zu zielen. Er hatte nämlich als Aktionsleiter die Scharfschützen selbst instruiert und Order gegeben, die Täter nur kampfunfähig zu schießen, nicht aber zu töten.

Schliesslich löste die Tatsache, dass Oberstaatsanwalt Sechser Polizeipräsident Dr. Schreiber von der Einsatzleitung entbunden hatte, heftige Kritik am Erstgenannten aus. Dieser rechtfertigte sich damit, dass der Staatsanwalt im Falle des Zusammentreffens von präventiv-polizeilichen und Strafverfolgungsmassnahmen die Grundverantwortung zu übernehmen habe.

Mit Verfügung vom 29.11.1971 stellte die Staatsanwaltschaft München II das im Anschluss an den Banküberfall eingeleitete Ermittlungsverfahren gegen Polizeipräsident Dr. Schreiber und Oberstaatsanwalt Sechser ein, indem die Schussabgabe gestützt auf den Notwehrtatbestand als gerechtfertigt betrachtet wurde.

Dieser Fall illustriert neben einer Vielzahl weiterer Probleme, auf die noch zurückzukommen sein wird, dass es entsprechend dem vorstehend Ausgeführten nicht richtig sein kann, wenn dem Beamten für den zur Verteidigung der Geisel erforderlichen Schusswaffengebrauch Instruktionen gegeben werden und er entsprechend dem Einsatzdispositiv seiner Polizeivorgesetzten postiert wird, während andererseits sein Verhalten als Notwehrhilfe qualifiziert wird. Aufgrund von Notrechten könnte der Beamte in einem solchen Falle nur dann handeln, wenn er infolge besonderer Verhältnisse aus eigenem Entschluss und in eigener Verantwortung ohne Verhaltensmassregeln und Billigung seiner Vorgesetzten einschreiten würde, um einem ihm gleichgestellten Mitmenschen - und nicht irgendeinem Staatsbürger - zu helfen. M.E. ist es aber schon infolge des für einen gezielten Schuss bei einer Geiselnahme erforderlichen Polizeiaufgebotes - man denke nur an die Absperrmassnahmen - kaum möglich, das Verhalten eines Schützen als Notwehrhilfe zu rechtfertigen, da bei der Kompliziertheit einer Geiselnahmeaktion der einzelne Polizeibeamte in eigener Verantwortung und ohne Koordination mit den übrigen Beamten in der Regel nicht mit Aussicht auf Erfolg handeln könnte (60).

60) Rupperecht, Todesschuss und Wertordnung, 792 f. A.M. Conen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 69 f., der jedoch auf die sich ergebenden, immensen Probleme hinweist.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen R.H., zusammengestellt nach dem der Verfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich in der Untersuchungssache R.H. vom 26. Oktober 1973 (Prozedur Nr. 312/73) zugrundeliegenden Sachverhalt.

R.H., der des Einbruchdiebstahls, der fahrlässigen Körperverletzung mit Fahrerflucht sowie der Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch verdächtigt wurde, wurde von Wm. Z. anlässlich der Ueberwachung des aufgefundenen, entwendeten Fahrzeuges kontrolliert. Im Verlaufe der Kontrolle griff R.H. in einen Plastiksack und zog daraus eine Pistole hervor, mit deren Hilfe er Wm. Z. entwaffnete und den am Steuer eines Polizeifahrzeuges sitzenden Gfr. S. zwang, mit ihm auf dem Beifahrersitz zu flüchten. Unterwegs drohte R.H. dem Gfr. S. wiederholt, er werde ihn erschiessen, wenn er sich seinen Anordnungen nicht füge, und der letztere hatte allen Grund zur Annahme, dass die auf ihn gerichtete Pistole geladen war. Inzwischen beteiligten sich verschiedene Polizeifahrzeuge und ein Helikopter an der Verfolgung bzw. Ueberwachung des Fluchtfahrzeuges. Nach ca. zweieinhalbstündiger Fahrt inner- und ausserhalb des Stadtgebietes wurde bekannt, dass sich das Fluchtfahrzeug in eine Gegend bewegte, in der die beiden Beamten Wm. S. und Gfr. H. postiert waren. Jene errichteten mit Hilfe anderer Automobilisten mittels Autos eine Strassen Sperre. Als das Fluchtfahrzeug davor hielt, rannten Wm. S. und Gfr. H. zum Wagen. Gfr. H. hielt - auf der linken Wagenseite stehend - seinen Dienstaussweis ins Fluchtfahrzeug und schrie: "Polizei, aufmachen, herauskommen!" Es gelang ihm nicht, die Wagentüre aufzureissen, da jene von innen verriegelt war. R.H. riss ihm daraufhin den Dienstaussweis aus der Hand; gleichzeitig rief Gfr. S., welcher sich immer noch auf dem Beifahrersitz befand: "Achtung, er schiesst!" Daraufhin schoss Gfr. H. "instinktiv, aber bewusst" durch die Scheibe auf R.H., "um die Geisel zu retten und sich selbst zu schützen". Gleichzeitig fielen weitere Schüsse. Neben Gfr. H. schoss der ebenfalls links vom Fahrzeug stehende Wm. S. Gfr. W. und Gfr. T. hatten sich - aus dem Verfolgungsfahrzeug kommend - dem Fluchtauto von hinten genähert. Der erstere versuchte die rechte Wagentüre aufzureissen, was ihm aber nicht gelang, da auch diese Türe verriegelt war. Er hörte die Warnung der Geisel, sah, wie sich R.H. ihm zuwandte und schoss in der Annahme, R.H. werde nun auf ihn schiessen. Der letztere, Gfr. T., stand hinter dem Fluchtfahrzeug und beobachtete, wie R.H. seine Pistole gegen seine beiden Kollegen (Wm. S. und Gfr. H.) gerichtet hatte. Nachdem die ersten Schüsse fielen, schoss Gfr. T. durch die hintere Scheibe, wobei er auf die die Pistole haltende Hand von R.H. zielte. Total wurden von den vier genannten Polizeifunktionären 15 Schüsse abgefeuert, die zum Tode des R.H. führten.

In ihrer Einstellungsverfügung führte die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich aus, die Beamten hätten in berechtigter Notwehr gemäss Art. 33 StGB gehandelt, da der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt worden sei.

Mit diesem Fall kann m.E. besonders eindrücklich gezeigt werden, dass sich der Polizeibeamte nicht zwangsläufig für die individuelle Konfliktregelung oder für hoheitliches Einschreiten entscheiden muss. Zunächst waren die beiden Beamten Wm. S. und Gfr. H. im Rahmen der Grossfahndung mit einem bestimmten dienstlichen Auftrag in ein genau abgegrenztes Gebiet geschickt worden. Als sie vom Herannahen des Fluchtfahrzeuges hörten, errichteten sie eine Strassensperre, wobei sie gegenüber den dort anwesenden Motorfahrzeugführern bei der Organisation der Sperre und der Sicherung des Platzes als Hoheitsträger auftraten. Ohne Zweifel ist das durch das Errichten der Sperre erzwungene Anhalten des Fluchtfahrzeuges als hoheitliche Gewaltanwendung gegenüber R.H. zu qualifizieren. Die Tatsache, dass Gfr. H. seinen Dienstaussweis vorzeigte und gleichzeitig versuchte, die Autotüre aufzureissen, spricht schliesslich eindeutig dafür, dass auch die mit dem versuchten Öffnen der Türe beginnende Anwendung unmittelbaren Zwanges, welche wohl mit der Ueberwältigung des R.H. ohne Schusswaffengebrauch enden sollte, als hoheitlicher Eingriff zu werten ist. Erst bei der Beurteilung der durch die Abgabe von gezielten Schüssen erfolgten Gewaltanwendung entstehen Schwierigkeiten, indem aufgrund des angegebenen Sachverhaltes unklar ist, ob die hoheitliche oder die individuelle Konfliktregelung im Vordergrund steht. Immerhin scheint, dass die Gfr. H. und W. primär zur Selbstverteidigung geschossen und damit möglicherweise in Notwehr gehandelt haben, während Gfr. T., der auf die die Pistole haltende Hand schoss, ohne selbst bedroht gewesen zu sein, je nach den besonderen Verhältnissen, welche hier nicht näher abgeklärt wurden, in Ausübung von Notwehrhilfe und/oder hoheitlicher Gewalt gehandelt hat.

2. HOHEITLICHE GEWALTRECHTE UND NOTSTAND

Für das Verhältnis des Notstandes zu den hoheitlichen Gewaltrechten gelten grundsätzlich die im Abschnitt über die Notwehr gemachten Ausführungen (61). Insbesondere kann der Polizeibeamte nicht verpflichtet werden, eine Notstandstat zu begehen.

61) Vgl. oben, 71 ff.

Wenn daher allgemein davon ausgegangen wird, die Berufung auf Notstand sei Angehörigen solcher Berufe erschwert, welche sich pflichtgemäss erhöhter Gefahr aussetzen haben, wozu auch Polizeibeamte zu zählen sind (62), so bedeutet dies keineswegs, dass sich jene in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit auf Notstand stützen können; vielmehr kann die erwähnte Umschreibung nur in dem Sinne gemeint sein, dass dem Polizeibeamten ausschliesslich dann gestattet sein soll, auf den Notstandstatbestand zurückzugreifen, wenn ihm die Erfüllung seiner dienstlichen Pflichten aufgrund der im Rahmen von Art. 34 Abs. 1 StGB vorzunehmenden Wertabwägung nicht mehr zumutbar ist, wobei diese Einschränkung nur für solche Gefahren gilt, die er im Zusammenhang mit seinem Beruf zu bestehen hat (63). Keinesfalls ist die Berufung auf Notstand für den Polizeibeamten gänzlich ausgeschlossen. So darf der Beamte beispielsweise unter Berufung auf Notstand durch Zerstörung eines Türschlosses in ein Haus eindringen, um sich vor einer tödlich angreifenden Menschenmenge in Sicherheit zu bringen (64), sofern er nur nicht hoheitlich handelt.

-
- 62) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 153. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 69. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 151. Schwander, Strafgesetzbuch, 82. Spillmann, Strafausschliessungsgründe, 21. Bremer, Waffengebrauch, 102 ff. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amträgers, 313. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 75 zu § 51. Pioch, UZwG, 171. Rupprecht, Die tödliche Abwehr, 265. Schönke/Schröder, N. 34 zu § 34.
- 63) Bergschneider, Polizeilicher Waffengebrauch, 86 f. Bremer, Waffengebrauch, 103 f.
- 64) Pioch, UZwG, 172.

§ 5 ZUSAMMENFASSUNG

Ausgangspunkt der Untersuchung des Verhältnisses zwischen hoheitlichen Eingriffsbefugnissen und Notrechten bildet der Umstand, dass sich der Kreis der Fälle zulässiger Notwehr bzw. Notwehrhilfe und gerechtfertigten Notstandes nicht mit dem Kreis der bei entsprechender Sachlage rechtmässigen hoheitlichen Massnahmen zur Gefahrenabwehr deckt. Es stellt sich deshalb zwingend die Frage, ob sich der Polizeibeamte in seiner Tätigkeit wahlweise auf die eine oder andere Kompetenzgrundlage stützen kann, respektive ob er bei der Ausübung hoheitlicher Gefahrenabwehr von den Notrechtsbefugnissen nur beschränkt oder überhaupt nicht Gebrauch machen kann und darf.

Wenn Rechtsgüter der Gemeinschaft oder von Individuen beeinträchtigt werden, ist der Staat grundsätzlich allein dazu berufen, die Störung zu beheben und die erforderlichen Schutzmassnahmen zu treffen. Sein diesbezügliches Gewaltmonopol wird nur dann durchbrochen, wenn die notwendige Hilfe nicht oder nicht rechtzeitig gewährt werden kann, indem in einem solchen Falle der Betroffene ausnahmsweise selbst durch Anwendung von Privatzwang einschreiten darf.

Daraus erhellt bereits, dass es nicht richtig sein kann, dem hoheitlich handelnden Polizeibeamten als Vertreter des Staates in der Form der Notrechte Zwangsmittel zur Verfügung zu stellen, die derselbe Staat dem Privaten für den Fall gewährt, dass die ausschliesslich ihn berechtigenden und verpflichtenden Normen nicht Grundlage seines Handelns bilden können. Die Notrechte gemäss Art. 33 f. StGB sind ihrem Wesen nach nicht zur Durchsetzung staatlicher Aufgaben bestimmt, da jene als Strafrechtssätze menschliches Verhalten und nicht staatliche Tätigkeit, d.h. solche von Personenverbänden normieren. Notstand und Notwehr bilden keine Ermächtigung an die Exekutive im Sinne des Legalitätsprinzips. Dass die Notrechte nicht Grundlage hoheitlichen Handelns sein können, ergibt sich zusätzlich daraus, dass sie im Gegensatz zu den polizeirechtlichen Eingriffsnormen nicht öffentlichrechtlicher Natur sind, indem der in Notwehr oder Notstand Handelnde nicht aufgrund einer ausschliesslich ihm zustehenden Kompetenz und aus einem Ueberordnungsverhältnis heraus tätig wird, sondern dem durch die Gefahrenabwehr Betroffenen gleichgeordnet gegenübersteht und in ausgeprägter Weise Privatinteressen verfolgt.

Andrerseits ist davon auszugehen, dass der Polizeibeamte nicht nur Werkzeug zur Durchsetzung des Staatswillens ist, sondern zugleich ein Individuum mit dem persönlichen Recht zur Abwehr von Angriffen gegen seine Rechtsgüter. Er hat wie jeder andere Bürger ein Recht darauf, sein Leben und seine körperliche Integrität zu verteidigen, auch wenn die Grundlage für diesbezügliche hoheitliche Massnahmen, beispielsweise infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit, nicht gegeben ist.

Ob der Polizeibeamte im konkreten Fall in Ausübung von Notrechten oder hoheitlichen Befugnissen handelt, entscheidet sich aufgrund des mit dem zu rechtfertigenden Verhalten verfolgten Zweck. Liegt jener in der Durchsetzung einer hoheitlichen Massnahme, finden die Normen des Polizeirechts Anwendung, handelt es sich um individualrechtliche Gefahrenabwehr gegenüber einem gleichgeordneten Rechtssubjekt, sind die Notrechtstatbestände heranzuziehen. Dabei ist zu beachten, dass der Beamte aufgrund seiner dienstlichen Stellung gesetzlich zur Gefahrenabwehr verpflichtet ist und deshalb nur in begründeten Fällen seine öffentlichrechtlichen Pflichten vernachlässigen und zu privater Selbsthilfe greifen darf.

In der Praxis wirkt sich die hier aufgezeigte Lösung vor allem darin aus, dass der Polizeibeamte nicht verpflichtet werden kann, von seinen Notrechten Gebrauch zu machen.

3. KAPITEL

VORAUSSETZUNGEN DER RECHTMAESSIGKEIT DES IN AUSUEBUNG VON AMTSPFLICHTEN ERFOLGTEN VERHALTENS

§ 1 AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

A) MOEGLICHE KONSTELLATIONEN FINALER DETERMINATION BEI DER AUSUEBUNG VON AMTSPFLICHTEN

I Vorsätzliches Verhalten

1. BEGRIFF DES VORSATZES ALS TATBESTANDSMAESSIGES HANDLUNGSUNRECHT

Der Vorsatz ist die auf die "Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gerichtete Finalität" (1). Wer einen Vorsatz betätigt, handelt mit Wissen und Wollen (2). Somit ist sowohl erforderlich, dass der Vorsatzttäter die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen das im Tatbestand bezeichnete Merkmal besteht (3), als auch, dass er "die von ihm erkannte Möglichkeit einer Tatbestandverwirklichung in seinen Willen aufnimmt und sich für sie entscheidet" (4). Da der Vorsatz das die Handlung tragende Element des den Rechtssätzen entgegengesetzten, objektivierten Willens darstellt, ist er "Kernstück des Handlungsunrechts" (5). Als solcher gehört er zum Tatbestand (6).

1) Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 318.

2) Art. 18 Abs. 2 StGB. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 38. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 173. Schwander, Strafgesetzbuch, 90. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 10 zu Art. 18. Schönke/Schröder, N. 12 zu § 15.

3) Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 173. Schönke/Schröder, N. 10 zu § 15.

4) Schönke/Schröder, N. 59 zu § 15.

5) Jeschek, Lehrbuch, 193.

6) Noll, Strafrecht I, 26. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 75. Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 185 f. Gallas, Stand der Lehre, 31. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 294 ff. Schönke/Schröder, N. 12 zu § 15. Welzel, Strafrecht, 64.

Im Unterschied zum Tatbestandsmerkmal der Sorgfaltspflichtverletzung ist der Vorsatz mit seinen Elementen "Wissen" und "Wollen" deskriptiver Natur. Seine Abklärung setzt keine Rechtswidrigkeitsüberlegungen voraus, sondern kann durch Wahrnehmung von Tatsachen erfolgen (7).

2. VORSAETZLICH TATBESTANDSMAESSIGES VERHALTEN IN ERFUELLUNG EINER AMTSPFLICHT

Aus dem Wesen der Rechtfertigungsgründe ergibt sich, dass nur vorsätzliches Verhalten gerechtfertigt werden kann, da der durch das tatbestandsmässige Verhalten grundsätzlich bewirkte Handlungsunwert nur durch das subjektive Rechtfertigungselement beseitigt wird, wobei jenes die Kenntnis des Täters von der rechtfertigenden Sachlage und die Verfolgung des vom Gesetzgeber mit dem Ausschluss der Rechtswidrigkeit gewollten Zweckes voraussetzt (8).

Wenn nun der Beamte, der durch die hoheitliche Anwendung unmittelbaren Zwanges strafrechtlich geschützte Rechtsgüter beeinträchtigt, regelmässig vorsätzlich handelt, so ist sein Verhalten zu rechtfertigen, soweit sich sein Handlungswille ausschliesslich auf die im Zusammenhang mit den Amtspflichten gebotenen Rechtsgüterbeeinträchtigungen richtet. Sind trotzdem in rechtswidriger Weise Rechtsgüter verletzt worden, so kann dies definitionsgemäss nur eine Folge von Sorgfaltspflichtverletzungen sein (9).

Somit ist das Verhalten des Beamten, der nicht mit Wissen und Wollen seine Amtspflichten verletzt, sondern diese erfüllen will, zu rechtfertigen, soweit es im Rahmen der Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB liegt, bzw. bei deren Nichteinhaltung, also der Verletzung von Sorgfaltspflichten, als fahrlässiges Delikt zu verfolgen.

Daraus wird ersichtlich, dass der Umfang der Amtspflichten im strafrechtlichen Sinne durch die Bestimmung des in Ausübung einer Amtspflicht begangenen und als Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung rechtswidrig qualifizierten

7) Germann, Das Verbrechen, 176. BGE 104 IV 36, 101 IV 50 Erw. 3.

8) Vgl. oben, 37 f.

9) Tertium non datur, da die Rechtfertigung fahrlässiger Delikte ausgeschlossen ist.

Verhaltens vorzunehmen ist. Dass der Begriff der Amtspflichten nicht ausschliesslich vom Staats- und Verwaltungsrecht her bestimmt werden kann, ergibt sich daraus, dass nicht jede unvorsätzliche Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten strafrechtswidrig ist, sondern dass dies nur dann der Fall sein kann, wenn Sorgfaltspflichten im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB verletzt worden sind (10).

3. VORSAETZLICHES VERLETZEN DER AMTSPFLICHTEN

Die vorsätzliche Verletzung von Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB setzt beim Täter das Wissen um deren Ueberschreitung voraus. Er muss also den Umfang jener Pflichten zumindest in dem Masse kennen, dass er um deren Verletzung weiss und diese in Kauf nimmt.

II Fahrlässiges Verhalten

1. BEGRIFF DER FAHRLÄSSIGKEIT ALS TATBESTANDSMAESSIGES HANDLUNGSUNRECHT

Nach Art. 18 Abs. 3 StGB liegt Fahrlässigkeit dann vor, "wenn der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat".

Während nach der älteren Lehre nur der Erfolgseintritt zum objektiven Tatbestand der Fahrlässigkeitsdelikte gezählt wird, wobei die übrigen Elemente unter dem Begriff "Fahrlässigkeit" als Form des Verschuldens bezeichnet werden (11), geht die neue Doktrin davon aus, dass der Fahrlässigkeitsbegriff auch objektive und unrechtsbegründende Elemente umfasst, wozu insbesondere

10) Germann, Das Verbrechen, 181. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 223. Walder, Fahrlässigkeitsdelikt, 172. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 45. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 360 f. Jeschek, Lehrbuch, 471. Mezger/Blei, Strafrecht I, 268. Vgl. auch unten, 121 f.

11) Z.B. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 126 ff. Thormann/v.Overbeck, Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 1 zu Art. 18.

das Moment der Sorgfaltspflichtverletzung gehört (12). Man spricht in diesem Zusammenhang von einem doppelten Sorgfaltsverstoss und meint damit die Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht einerseits und die persönliche Vorwerfbarkeit andererseits (13). Der Unrechtsgehalt fahrlässigen Verhaltens beruht darin, dass der Täter infolge ungenügender finaler Determination den Eintritt tatbestandsmässiger Nebenfolgen (mit-) verursacht hat, obschon jener vermeidbar gewesen wäre (14). Dabei reicht die Tatsache allein, dass der Erfolg objektiv vermeidbar gewesen wäre, nicht aus, die Rechtswidrigkeit des zu jenem führenden Verhaltens zu bejahen; vielmehr ist erforderlich, dass der Erfolg bei Beachtung eines bestimmten Masses an Sorgfalt zu vermeiden gewesen wäre (15). So genügt nach Art. 18 Abs. 3 StGB nicht jede Unvorsichtigkeit, um die Verantwortlichkeit des Täters zu begründen, sondern nur die pflichtwidrige (16).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass nur solches Verhalten als Sorgfaltspflichtverletzung qualifiziert werden darf, bei welchem vom Standpunkt ex ante feststehende, zur Vermeidung von tatbestandsmässigen Erfolgen geeignete Pflichten verletzt worden sind (17). Soweit sie nicht in besonderen Verhal-

-
- 12) Dubs, Fahrlässige Delikte, 34 ff. Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 239 f. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 358 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 94. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 168 ff. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 266 ff., 349. Schaffstein, Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte, 558. Welzel, Strafrecht, 131 ff.
- 13) Z.B. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 118 ff. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 358. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 16 f. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 349 ff. Jeschek, Lehrbuch, 457. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 51 ff. Schönte/Schröder, N. 119 zu § 15.
- 14) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 103. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 245. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 364. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 56. Welzel, Strafrecht, 130.
- 15) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 103. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 245. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 365 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 169 ff. Jeschek, Lehrbuch, 468 ff. Schönte/Schröder, N. 124 ff. zu § 15.
- 16) Germann, Das Verbrechen, 181. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 103. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 171 f. Schönte/Schröder, N. 124 zu § 15. Wimmer, Fahrlässigkeit, 203. Welzel, Strafrecht, 132. BGE 104 IV 19, 99 IV 65 f. Vgl. unten, 121 f.
- 17) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 206 f. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 363. Jeschek, Lehrbuch, 468. Schönte/Schröder, N. 183 zu § 15. Vgl. auch oben, 38 f.

tensanordnungen niedergelegt sind (18), überlässt der Strafgesetzgeber die Bestimmung des Inhaltes jener Pflichten Lehre und Rechtsprechung (19). Dabei kann der genaue Umfang und die Geltung dieser Sorgfaltspflichten - da der Begriff normativer Natur ist (20) - nur für den einzelnen konkreten Fall im Rahmen einer Abwägung aller sich gegenüberstehenden Interessen (21) unter Anwendung der in der Rechtsordnung ausgedrückten Wertungen festgestellt werden, beinhaltet also die Abklärung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens. Richtigerweise wird demzufolge das Element der Sorgfaltspflichtverletzung als Tatbestandsmerkmal eingestuft (22).

Dabei ist zu beachten, dass die Sorgfaltspflichtverletzung nicht für sich allein betrachtet werden darf, sondern immer in Beziehung zum zu vermeidenden tatbestandsmässigen Erfolg zu setzen ist (23).

In neuerer Zeit ist eine Tendenz erkennbar, die bei den fahrlässigen Delikten nur noch den Handlungsunwert, nicht jedoch den Erfolgsunwert als Teil des Tatbestandsunrechts betrachten will. In diesem Sinne führen verschiedene Autoren aus, es hänge oftmals vom Zufall ab, ob der Erfolg auch wirklich eintrete, wenn eine bestimmte Sorgfaltspflicht verletzt worden sei. Sowohl im Falle des Eintritts als auch in jenem des Ausbleibens des Erfolges habe der Täter gleich viel Unrecht verwirklicht, da letzteres nicht ihm zuzuschreiben sei, weshalb der Erfolgseintritt als objektive Strafbarkeitsbedingung betrachtet werden müsse (24).

-
- 18) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 243. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 364. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 171 f. Jeschek, Lehrbuch, 471. Schönke/Schröder, N. 143 zu § 15. Vgl. auch unten, 122 f.
- 19) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 189 f. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 408. Welzel, Strafrecht, 131.
- 20) Vgl. oben, 44 f., 84 f.
- 21) Vgl. dazu unten, 121 ff.
- 22) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 87 f. Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 240. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 360 f. Stratenwerth, Finale Handlungslehre, 185 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 169. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 24 ff. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, 83. Gallas, Stand der Lehre, 26. Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, 46. Mezger/Blei, Strafrecht I, 267.
- 23) Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 367 f. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 244 f. Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 11. Vgl. auch oben, 29 ff.
- 24) Dubs, Fahrlässige Delikte, 39 ff. Germann, Das Verbrechen, 95 f. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 410 ff. Derselbe, Das fahrlässige Delikt, 44 f. Schaffstein, Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsdelikte,

Aehnliche Ueberlegungen liegen dem Vorstoss von Rehberg zugrunde, "das fahrlässige Erfolgsdelikt auf unfallträchtigen Lebensgebieten durch Tätigkeitsdelikte zu ersetzen, welche als abstrakte Gefährdungstatbestände die Verstösse gegen wichtige Regeln zu erfassen hätten" (25).

2. FAHRLÄSSIGE VERLETZUNG DER AMTSPFLICHTEN

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass jedes Verhalten, welches die Ausübung von Amtspflichten zum Ziele hat und trotzdem als rechtswidrig zu betrachten ist, Sorgfaltspflichtverletzungen im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB voraussetzt, sofern die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen von Art. 32 StGB als vorsatzausschliessender Sachverhaltsirrtum betrachtet wird (26).

Da der Begriff der Sorgfaltspflicht normativer Natur ist, gilt es deren Inhalt in jedem Fall unter Abwägung aller in Frage stehenden Interessen zu bestimmen. Weil dabei nicht nur staats- und verwaltungsrechtliche, sondern auch strafrechtliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen, kann es sein, dass ein bestimmtes Verhalten trotz unvorsätzlicher Missachtung öffentlichrechtlicher Pflichten im Rahmen der Amtspflichten gemäss Art. 32 StGB liegt, weil keine Sorgfaltspflichten im Sinne von Art. 18 Abs. 3 verletzt worden sind (27).

In der Praxis hat sich der Richter fast ausschliesslich mit fahrlässigen Verletzungen von Amtspflichten zu befassen.

561. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 127 ff. Sinngemäss Welzel, Strafrecht, 136. Zur Kritik Stratenwerth, Relevanz des Erfolgsunwertes, 177 ff. Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 16. Krauss, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht, 62 f.

25) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 249 f. In diesem Sinne auch schon Rehberg, Erlaubtes Risiko, 249.

26) Vgl. dazu den anschliessenden Abschnitt.

27) Häfliger, Die gebotene Tat, 31.

3. DIE BEHANDLUNG DER IRRTUEMLICHEN ANNAHME DER VORAUSSETZUNGEN EINES RECHTFERTIGUNGSGRUNDES

3.1. Allgemeines

Wenn vorstehend gesagt wurde, jede Zwangsvollstreckung, die in der Absicht der Erfüllung der Amtspflichten erfolge, sei entweder rechtmässig, weil sie gerechtfertigt werden könne oder aber höchstens als fahrlässiges Verhalten strafbar, so stimmt dies nur, wenn der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes von Art. 32 StGB vorsatzausschliessende Wirkung zuerkannt wird.

3.2. Lehre und Rechtsprechung

Die Frage der Behandlung der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen ist vor allem in der deutschen Lehre umstritten (28). Während die strenge Schuldtheorie (29) hier einen Verbotsirrtum annimmt, vertritt die herrschende, sogenannte eingeschränkte Schuldtheorie die Meinung, es liege ein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum (30) oder zumindest ein Irrtum vor, der wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln (31) oder hinsichtlich der Rechtsfolgen jenem gleichzustellen sei (32).

In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung wird in weitgehender Uebereinstimmung davon ausgegangen, dass der Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes als Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 19

28) Zum Stand der Lehre: Schönke/Schröder, N. 13 ff. zu § 16. Schröder, Leipziger Kommentar, N. 47 ff. zu § 16.

29) Z.B. Fukuda, Irrtum über Rechtfertigungsgründe, 143 ff. Kaufmann, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, 39. Welzel, Strafrecht, 168 f. Derselbe, Vorsatz und Irrtum, 208 ff. Weitere Zitate bei Schönke/Schröder, N. 13 zu § 16.

30) Engisch, Tatbestands- und Verbotsirrtum, 583 ff. Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, 178 ff. Roxin, Offene Tatbestände, 121 ff. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 268 ff.

31) Mezger/Blei, Strafrecht I, 117. Schönke/Schröder, N. 26 zu § 15 und N. 14 zu § 16. Stratenwerth, AT, N. 494 ff.

32) Jeschek, Lehrbuch, 375, mit Nachweisen in Anm. 46. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 555 f.

StGB (33), der Irrtum über dessen Existenz und Umfang jedoch als Rechtsirrtum gemäss Art. 20 StGB anzusehen sei (34). Anderer Ansicht ist Früh, der in Anlehnung an die zitierte deutsche Mindermeinung (35) der Tatbestandsmässigkeit eines bestimmten Verhaltens neben der Rechtswidrigkeit einen selbständigen Aussagewert beimisst und daraus folgert, es sei zwischen dem Irrtum über Tatbestands- und Rechtfertigungsmerkmale in dem Sinne zu differenzieren, dass der erstgenannte als Sachverhalts-, der zweite als Verbotsirrtum zu betrachten sei (36). Seiner Meinung nach muss sich der Vorsatz für den Fall, dass die Abklärung der Tatbestandsmässigkeit und Prüfung der Rechtswidrigkeit nur die technische Methode zur Feststellung der Rechtswidrigkeit darstellen, sowohl auf die Tatbestandsverwirklichung als auch auf die Merkmale des Rechtfertigungstatbestandes beziehen, woraus er umgekehrt den Schluss zieht, der Vorsatz könne folglich nurmehr dann bejaht werden, wenn der Täter daran gedacht habe, dass keinerlei Rechtfertigungsmerkmale vorliegen. In konsequenter Weiterführung dieser These kommt er zum Schluss, wenn sich der Vorsatz nach allgemeiner Auffassung auf die Rechtfertigungsmerkmale nicht zu beziehen habe, sei ein diesbezüglicher vorsatzausschliessender Irrtum unmöglich.

3.3. Stellungnahme

Wichtigstes Argument der Autoren, welche in jedem Fall irrtümlicher Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes einen Verbotsirrtum sehen, ist jenes, dass der irrtümlicherweise von einem sein Verhalten rechtfertigenden Sachverhalt ausgehende Täter genügend Anlass habe, eingehend nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen für die Rechtfertigung wirklich vorliegen,

33) Furger, Unrechtsbewusstsein, 243. Germann, Das Verbrechen, 188. Hafer, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 188. Logo, Kommentar, N. 2 b zu Art. 20. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 207 f. Derselbe, Sachverhaltsirrtum, 82. Schwander, Strafgesetzbuch, 91 f., 99. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 17 zu Art. 33. Wili, Schuld und Irrtum, 111 ff. BGE 93 IV 83, 75 IV 52.

34) Vgl. unten, 94.

35) Vgl. oben, Anm. 29.

36) Früh, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, 65 ff.

da er sich anschicke, eine tatbestandsmässige Handlung zu begehen (37). Wer den tatbestandsmässigen Sachverhalt nicht kenne, stehe der Frage der Normwidrigkeit gar nicht gegenüber. Demgegenüber stelle sich dem Täter, der für sich einen Rechtfertigungsgrund in Anspruch nehme, in jedem Fall die Frage, ob die Tat erlaubt oder verboten sei, da er sich zufolge des vorauszusetzenden Tatbestandsvorsatzes der tatbestandsmässigen Rechtsgüterverletzung bewusst sei. Wer deshalb beispielsweise einen anderen in einem vermeidbaren Irrtum über ein Merkmal des Notwehrtatbestandes verletze, verdiene die Strafe der vorsätzlichen Körperverletzung, da sein Irrtum ein Verbotsirrtum sei.

Durch diese Argumentation wird m.E. zweierlei übersehen. Zunächst beruht sie offenbar auf dem Grundgedanken, niemand müsse von Rechtfertigungsgründen Gebrauch machen, weshalb immer darauf zu verzichten sei, wenn nicht jeder Irrtum ausgeschlossen werden könne. Zur Widerlegung dieser These bedarf es keiner ausführlichen Erklärungen, da jene Ueberlegung gerade für den Rechtfertigungsgrund der Erfüllung einer Amtspflicht nicht zutrifft.

Zum zweiten wird nicht berücksichtigt, dass durch die irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhaltes die Appellfunktion des durch das vorgesehene, vom Täter aus gesehen zu rechtfertigende Verhalten zu erfüllenden Tatbestandes paralytisiert wird. Der Polizeibeamte, der im Rahmen einer Personenfahndung infolge unaufmerksamen Zuhörens einen falschen Personenwagen anhält und dementsprechend auch einen unschuldigen Lenker festnimmt, sieht sich in einer normalen, alltäglichen Situation. Er hat keinen aktuellen Grund, sich über die Voraussetzungen seines Tuns eingehender als üblich zu informieren, weil er sich über eine Voraussetzung seines Tuns irrt, auch wenn ihm der Vorwurf nicht erspart werden kann, die Fahndungshinweise unaufmerksam beachtet zu haben. Was die Hinweise auf die Untauglichkeit der Lehre von den Rechtfertigungsgründen als negative Tatumstände betrifft, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden. Grundsätzlich gilt nämlich unabhängig von den verschiedenen Auffassungen, dass für die Frage der Rechtfertigung nach festgestellter Tatbestandsmässigkeit eines bestimmten Verhaltens

37) Fukuda, Irrtum über Rechtfertigungsgründe, 147. Welzel, Vorsatz und Irrtum, 218. Derselbe, Strafrecht, 168 f.

abgeklärt werden muss, ob die Merkmale, die zusammengefasst als Rechtfertigungstatbestand bezeichnet werden können, gegeben sind. Die Rechtfertigung tatbestandsmässigen Verhaltens ist ja nicht willkürlich, sondern nur unter bestimmten, gesetzlich umschriebenen oder von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen möglich. Unbestritten ist ferner, dass der Täter wissen muss, dass das generelle Verbot rechtsgutbeeinträchtigenden Verhaltens im konkreten Fall eine Ausnahme erleiden darf oder muss und den vom Gesetzgeber mit dem ausnahmsweisen Ausschluss der Rechtswidrigkeit gewollten Zweck verfolgt (38). Dieser auf rechtmässiges Verhalten gerichtete Wille umfasst, wie der auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes gerichtete Vorsatz, die rechtlich relevanten Tatumstände, respektive Rechtfertigungstatumstände. Da dem Täter die (richtige) Kenntnis rechtserheblicher Tatumstände fehlt, kann er das ihm für den wirklichen Sachverhalt bekannte Verbot nicht auf sein Verhalten beziehen. Er kann mit anderen Worten die negative Gesamtbewertung seines Verhaltens aus seiner Sicht gar nicht nachvollziehen, weshalb er sich diesbezüglich auch nicht irren kann. Auch der rechtskundigste und rechtstreueste Bürger müsste in einem solchen Fall annehmen, sein Verhalten sei erlaubt bzw. geboten, weil jenes bezüglich des unzutreffenderweise angenommenen Sachverhaltes der Erlaubnis- bzw. der Gebotsnorm entspricht, respektive, weil die Strafrechtswidrigkeit des Verhaltens bei seiner Situationskenntnis überhaupt nicht festgestellt werden kann. Die Ursache des rechtlich missbilligten Verhaltens liegt nicht in der fehlerhaften Rechtsanwendung bzw. in einer falschen Bewertung der Tat, sondern in der fehlerhaften Feststellung des Sachverhaltes. Somit ist die Begründung der Auffassung der Anhänger eines Verbotsirrtums in diesem Zusammenhang richtigerweise nur so möglich, dass jeder Irrtum über einen Tatumstand bei Betrachtung des wirklichen Sachverhaltes als Verbotsirrtum einzustufen ist, weil davon ausgegangen wird, dass die Voraussetzungen der Rechtfertigung bekannt sind, da sie bekannt sein sollten.

Für eine solche Lösung einer vermuteten Kenntnis der tatsächlichen Tatumstände sind m.E. dem Gesetz keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen, unterscheidet es doch in Art. 19 und 20 StGB deutlich zwischen Sachverhalts- und Verbotsirrtum.

38) Vgl. oben, 37 f.

Gleichzeitig ist mit diesen Ausführungen auch dargetan, dass die Regeln über den Sachverhaltsirrtum bei der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nicht nur analog oder hinsichtlich der Rechtsfolgen zu übernehmen sind, sondern direkt angewendet werden können. Im Sinne einer Klarstellung scheint es in diesem Zusammenhang angezeigt, darauf hinzuweisen, dass der Rechtfertigungstatbestand genauso wie der Tatbestand eines Verbotes bzw. einer Strafbareklärung neben deskriptiven auch normative Merkmale enthalten kann (39), wie beispielsweise die "Rechtswidrigkeit" des Angriffs oder die "Verbindlichkeit" des durchzusetzenden Entscheides bei der Erfüllung einer Amtspflicht (40).

Unbestritten ist im übrigen, dass sich der Täter immer dann, wenn er sich bezüglich der rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungstatbestandes irrt oder irrtümlich einen vom Gesetz nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund annimmt, in einem Verbotsirrtum gemäss Art. 20 StGB befindet (41). Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass bei der irrtümlichen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ein vorsatzausschliessender Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 19 StGB anzunehmen ist, wie das von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung auch durchaus anerkannt wird.

Somit ergibt sich im hier zu behandelnden Zusammenhang und unter Berücksichtigung der Unmöglichkeit der Rechtfertigung fahrlässiger Delikte, dass immer dann, wenn der Vollzugsbeamte nicht mit Wissen und Wollen Amtspflichten verletzt, die Amtshandlung entweder gerechtfertigt oder als fahrlässiges Ver-

39) Furger, Unrechtsbewusstsein, 243. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 184. Logoz, Kommentar, N. 2 b zu Art. 20. Schultz, Sachverhaltsirrtum, 77 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 99. Jeschek, Lehrbuch, 376. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 557 f. Schönke/Schröder, N. 16 zu § 16. BGE 98 IV 192, 82 IV 202 Erw. 2. Unrichtig BGE 72 IV 155 Erw. 3.

40) Vgl. unten, 136 ff.

41) Früh, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, 78 f. Furger, Unrechtsbewusstsein, 244. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 188. Logoz, Kommentar, N. 2 b zu Art. 20. Schultz, Sachverhaltsirrtum, 83. Derselbe, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 210. Schwander, Strafgesetzbuch, 99. Wili, Schuld und Irrtum, 111. Für das deutsche Recht z.B. Jeschek, Lehrbuch, 372 f. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 548. Mezger/Blei, Strafrecht I, 181 f. Schönke/Schröder, N. 15 zu § 16. Stratenwerth, AT, N. 569. Welzel, Strafrecht, 168.

halten strafbar ist, sofern sich jener nicht über Bestand oder Umfang des Rechtfertigungsgrundes irrt (42).

B) FOLGERUNGEN FÜR DEN WEITEREN GANG DER UNTERSUCHUNG

Entsprechend den vorstehend gemachten Ausführungen ist davon auszugehen, dass Inhalt und Grenzen der Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB sinnvollerweise durch die Bestimmung der Sorgfaltspflichten im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB festzulegen sind. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Bejahung der Verletzung von Sorgfaltspflichten endgültig über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens entscheidet und daher eine Rechtfertigung solchen Verhaltens ausgeschlossen ist. Demzufolge sind in jenen Fällen immer auch Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB verletzt, während dies bei Beachtung der pflichtgemässen Sorgfalt nie zutrifft. Umgekehrt kann nicht jede Unvorsichtigkeit, d.h. nicht jedes unvorsätzliche Verhalten, welches zu einem tatbestandsmässigen Erfolg führt, rechtswidrig sein und damit eine Verletzung von Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB darstellen, sondern nur jenes, welchem eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit zugrundeliegt. Somit kann der Umfang der Amtspflichten nicht durch Bestimmung der Fälle, in denen hoheitliches Handeln gerechtfertigt werden kann, festgelegt und jedes unvorsätzliche, in der Absicht der Erfüllung einer Amtspflicht erfolgende Verhalten, welches zu einer Rechtsgüterbeeinträchtigung führt, als amtspflicht- und daher rechtswidrig bezeichnet werden. Vielmehr muss aufgezeigt werden, welches Verhalten sorgfalts- und daher amtspflichtwidrig ist, um den Kreis der Amtspflichten gemäss Art. 32 StGB herauszuschälen und damit aufzuzeigen, innerhalb welcher Grenzen vorsätzliche Rechtsgüterbeeinträchtigungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwanges gerechtfertigt werden können.

Die Beantwortung der Frage, ob eine Sorgfaltspflicht verletzt worden ist,

42) Im Verlauf der weiteren Untersuchung wird der Irrtum über den Umfang des Rechtfertigungsgrundes der Amtspflicht, d.h. also der Verbotsirrtum, nicht weiter berücksichtigt.

erfolgt negativ durch die Verneinung vorsätzlichen Handelns und positiv durch die Auslegung des Fahrlässigkeitsbegriffs gemäss Art. 18 Abs. 3 StGB (43).

In den folgenden Ausführungen geht es daher darum, aufzuzeigen, welche Sorgfaltspflichten bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges zu beachten sind.

C) ZUSAMMENFASSUNG

Zwei grundsätzliche Erkenntnisse bestimmen im wesentlichen den weiteren Verlauf der Untersuchung. Einerseits ergibt sich aus der Unmöglichkeit der Rechtfertigung fahrlässiger Delikte, dass jegliches zur Erfüllung von Amtspflichten erfolgende Verhalten, welches zu Rechtsgüterbeeinträchtigungen führt, rechtmässig ist oder gerechtfertigt werden kann, sofern keine strafrechtlichen Sorgfaltspflichten verletzt worden sind, während umgekehrt nicht jede ungewollte und daher mangels des subjektiven Rechtfertigungselements nicht zu rechtfertigende Rechtsgüterverletzung auf fahrlässiges Verhalten zurückzuführen ist.

Andrerseits folgt aus der Tatsache, wonach der Vorsatz neben dem Willen, einen Straftatbestand zu verwirklichen, die Kenntnis aller wesentlichen Tatumstände voraussetzt, dass dem Vollzugsbeamten nur dann die vorsätzliche Verletzung von Rechtsgütern vorgeworfen werden kann, wenn er die Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB kennt und bewusst verletzt hat.

Daraus kann geschlossen werden, dass rechtsgutbeeinträchtigendes Verhalten, welches weder bewusst und willentlich noch in fahrlässiger Weise Amtspflichten verletzt, rechtmässig ist bzw. gerechtfertigt werden kann.

Somit kann durch die Bestimmung derjenigen hoheitlichen Vollstreckungstätigkeit, die tatbestandsmässige Erfolge in fahrlässiger Weise bewirkt - und damit durch den Ausschluss erlaubter ungewollter Herbeiführung tatbestandsmässiger Erfolge - der Kreis des gebotenen rechtsgutbeeinträchtigenden Verhaltens herausgeschält werden. Auf dem Wege der Auslegung des Fahrlässig-

43) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 240. Walder, Kausalität, 150 f. Wimmer, Fahrlässigkeit, 200.

keitsbegriffs sind die im jeweiligen Fall zu beachtenden Amtspflichten zu bestimmen und ist als Voraussetzung der Rechtfertigung zu prüfen, ob jene eingehalten worden sind.

Nach der neueren Lehre enthält der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts neben dem Erfolgseintritt das Moment der Sorgfaltspflichtverletzung. Der Unrechtsgehalt fahrlässigen Verhaltens beruht darin, dass der Täter bei der an sich erlaubten Verfolgung seines Handlungszieles infolge ungenügender Determination seines Verhaltens den Eintritt tatbestandsmässiger Nebenfolgen verursacht, welche bei umsichtiger Planung des Handlungsablaufes vermeidbar gewesen wären. Daraus und aus der Bestimmungsfunktion strafrechtlicher Normen folgt, dass die Sorgfaltspflichten ex ante feststehen müssen, da man dem Normadressaten sagen können muss, wie sein Verhalten sorgfaltsgemäss zu determinieren ist, damit jene tatbestandsmässigen Nebenfolgen nicht oder nur mit ungenügender Wahrscheinlichkeit eintreten können.

Mit der herrschenden Meinung wird im Rahmen dieser Arbeit die Auffassung vertreten, dass die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorsatzausschliessende Wirkung hat, da sie als unzutreffende Annahme bezüglich der Merkmale des Rechtfertigungstatbestandes als Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 StGB, nicht aber, wie die Mindermeinung annimmt, als Verbotsirrtum im Sinne von Art. 20 StGB zu werten ist.

§ 2 RICHTLINIEN ZUR BESTIMMUNG DES INHALTS DER SORGFALTS- PFLICHTEN BEIM HOHEITLICHEN HANDELN IM ALLGEMEINEN

A) AUSGANGSLAGE

Bezieht sich die Rechtswidrigkeit auf normwidriges bzw. pflichtwidriges Verhalten, so muss der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges auf die Verletzung einer Pflicht zurückgeführt werden können, wenn der Täter strafrechtlich haftbar gemacht werden soll. In der Methode zur Bestimmung dieser Rechtspflichten besteht nun aber das eigentliche Problem. Wohl sind verschiedene Pflichten gesetzlich (Schusswaffenbestimmungen) oder ausserrechtlich (Sorgfaltspflichten des Arztes) festgehalten, jedoch sind jene typisiert und nicht, wie für das Urteil über potentiell fahrlässiges Verhalten gemäss Art. 18 Abs. 3 erforderlich, auf die konkreten Umstände bezogen. Wenn der Polizeibeamte weiss, dass er den fliehenden Mörder nur fluchtunfähig schiessen darf und deshalb auf die Beine oder Arme zu zielen hat, so ist noch lange nicht entschieden, ob er tatsächlich schiessen darf, wenn er einen Mörder verfolgt. Die Beantwortung der Frage hängt von einer Vielzahl weiterer Faktoren ab, die in der jeweiligen Konstellation regelmässig einmalig sind, etwa von der Distanz zwischen Schütze und zu Verhaftendem, von den Sichtverhältnissen, der vorausgegangenen körperlichen Leistung und damit der Möglichkeit einer ruhigen Schussabgabe, von der Umgebung, der Wahrscheinlichkeit der Verhaftung des Verfolgten durch andere Polizeiorgane ohne oder durch weniger riskanten Schusswaffengebrauch usw.

In den übrigen Fällen, in denen nicht einmal generelle Sorgfaltspflichten vorhanden sind, ist das Auffinden von der Situation angepassten Sorgfaltsanforderungen einzig durch Ableitung aus dem Erfahrungswissen unter dem Gesichtspunkt des Prinzips des "neminem laedere" (1) möglich.

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass für die Beurteilung der Tatbestandsmässigkeit eines bestimmten Verhaltens letztlich allein strafrechtli-

1) Jeschek, Lehrbuch, 467. Schönke/Schröder, N. 133 zu § 15.

che Grundsätze massgebend sein können (2), weshalb öffentlichrechtliche Normen, welche den Beamten verpflichten, auf ihre Uebereinstimmung mit den Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB zu überprüfen sind. Es geht nachstehend folglich darum, die Richtlinien aufzuzeigen, nach denen die strafrechtlich relevanten Sorgfaltspflichten bestimmt werden können.

Als erstes ergibt sich aus der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen, wonach der Einzelne aufgefordert wird, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten bzw. gewisse Verhaltensweisen zu unterlassen, dass die Statuierung von Pflichten sinnvollerweise grundsätzlich dort eine Grenze finden muss, wo deren Erfüllung dem Rechtssubjekt objektiv nicht möglich ist. Die Fähigkeit, sich in einer bestimmten Weise verhalten zu können, ist Voraussetzung des Willens, dementsprechend zu handeln. Somit ist das Können des Normadressaten als obere Grenze der möglichen Sorgfaltsanforderungen für eine bestimmte Tätigkeit in die Untersuchung über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens miteinzubeziehen (3). Hat das ein bestimmtes Handlungsziel anvisierende Rechtssubjekt die objektiven Tatumstände sowie die zu jenem führenden Verhaltensweisen erkannt, so darf es unter diesen diejenigen nicht in seinen Handlungsentschluss aufnehmen, die geeignet sind, vom Recht missbilligte, tatbestandsmässige Nebenfolgen zu bewirken. Anders ausgedrückt handelt danach grundsätzlich derjenige sorgfaltsgemäss, der rechtsgutgefährdende Verhaltensweisen meidet (4).

Schliesslich sind die Sorgfaltspflichten nicht nur negativ durch die Begrenzung vom Können des Rechtssubjektes her und das Verbot der Vornahme rechtsgutgefährdender Verhaltensweisen bestimmt, sondern es ist in gewissen Fällen abzuklären, ob und gegebenenfalls inwieweit potentiell gefährdete Rechtsgüter im konkreten Fall mit Rücksicht auf entgegenstehende Interessen überhaupt zu schützen sind. Grundsätzlich verzichtet nämlich die Rechtsordnung in derartigen Situationen auf den Schutz des geringerwertigen Rechtsgutes

2) Häfliger, Die gebotene Tat, 31. Schwander, Strafgesetzbuch, 489. Stratenwerth, BT II, 581. Dreher, Strafrechtsreformgesetz, 1158. Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 152. v.Bubnoff, Leipziger Kommentar, N. 25 ff. zu § 113. Schönke/Schröder, N. 21 zu § 113.
BGE 98 IV 44 f., 95 IV 174 f., 78 IV 118 f.

3) Vgl. unten, 100 ff.

4) Vgl. unten, 111 f.

zugunsten der Erhaltung des höherwertigen Interesses (5).

In den folgenden Ausführungen sollen diese drei Prinzipien veranschaulicht werden mit dem Ziel, im nächsten Paragraphen durch deren Zusammenspiel den Inhalt der Sorgfaltspflichten des Polizeibeamten beim Vollzug von unmittelbarem Zwang anordnenden Festsetzungsverfügungen zu bestimmen.

B) METHODE ZUR BESTIMMUNG DER SORGFALTSPFLICHTEN

Aus der Tatsache, dass das unrechtsbegründende Tatbestandsmerkmal der Sorgfaltspflichtverletzung bei den Fahrlässigkeitsdelikten in normativer Weise umschrieben ist, ergibt sich die Notwendigkeit, die in einer bestimmten Situation aufzubringende Sorgfalt auf dem Weg der richterlichen Rechtsfindung und Auslegung zu bestimmen (6).

C) NEGATIVE BESTIMMUNG DES INHALTS DER SORGFALTSPFLICHTEN

I Das Können des Vollzugsbeamten als Begrenzung der Rechtspflichten

1. ALLGEMEINES

Aus den bisherigen Untersuchungen geht hervor, dass das Urteil der Rechtswidrigkeit auf der Abweichung des tatsächlichen vom rechtlich gebotenen Verhalten basiert. Ein in einer bestimmten Norm zum Ausdruck kommender Befehl an den Einzelnen kann aber nur dann sinnvoll sein, wenn davon auszugehen ist, dass dem Normadressaten die Erfüllung der statuierten Pflicht möglich

5) Vgl. unten, 113 ff.

6) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 128. Logoz, Kommentar, N. 6 c zu Art. 18. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 117, 189 f. Jeschek, Lehrbuch, 457. Derselbe, Aufbau der Fahrlässigkeit, 10 f. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 409. Welzel, Strafrecht, 131. Vgl. dazu auch Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, 75 ff.

ist. Der Satz "ultra posse nemo tenetur" gilt auch im Strafrecht (7). Da das Recht in die Wirklichkeit des menschlichen Lebens eingreift, ist die Statuierung eines rechtlichen Sollens ohne jegliche Rücksicht auf das Können sinnlos (8). Fraglich kann höchstens sein, in welchem Umfang bei der Statuierung von Rechtspflichten auf die tatsächlichen Fähigkeiten des Normadressaten Rücksicht zu nehmen ist, d.h. ob eventuell gewisse Einschränkungen in dieser Hinsicht denkbar wären. Bei der Betrachtung des Problems ist davon auszugehen, dass mit der Statuierung von Sorgfaltspflichten, die sich immer auf künftiges Verhalten beziehen, nicht auf tatsächliche Fähigkeiten, welche im Verhalten einer Person aus nachträglicher Sicht zum Ausdruck kommen, sondern auf wahrscheinliches, von der Rechtsordnung erwartetes Können abgestellt wird (9). Mit anderen Worten muss der Aufstellung einer Rechtspflicht eine Bestimmung der Fähigkeiten der Normadressaten, jene zu erfüllen, vorausgehen.

Sicherlich findet die Statuierung von Sorgfaltspflichten dort ihre absolute Grenze, wo deren Erfüllung nicht nur für den einzelnen Normadressaten bei Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der gegebenen Umstände, sondern für jedermann absolut unmöglich wäre (10).

In Lehre und Rechtsprechung spricht man unter anderem im Zusammenhang mit den hier zu behandelnden Fragen von der Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts (11). Soweit darunter jedoch das Problem zu verstehen ist, ob der eingetretene Erfolg, der sich als die natürlich- und adäquat-kausale Folge des final determinierten und als sorgfaltswidrig qualifizierten Verhaltens dar-

7) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 193. Schwander, Strafgesetzbuch, 78. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 419. Jacobs, Fahrlässiges Erfolgsdelikt, 65 f. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 53.

8) Engisch, Der Unrechtstatbestand, a.a.O., Harro, Personales Unrecht, 570. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 192. Schönke/Schröder, N. 124 a zu § 15. Wimmer, Fahrlässigkeit, 203 f. BGE 99 IV 66. Sinngemäss für die Ausübung von Amtspflichten z.B. Jeschek, Lehrbuch, 315. Lenckner, Das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung, 182. Schönke/Schröder, N. 27 zu § 113.

9) Engisch, Der Unrechtstatbestand, 419, 428 ff. Kaufmann, Lehre des personales Unrechts, 408. Wimmer, Fahrlässigkeit, 204.

10) Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 369 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 94 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 167.

11) Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 365. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 171. Harro, Personales Unrecht, 564, 570.

stellt, auch dann zuzurechnen ist, wenn er auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, geht es nicht um eine Frage der Sorgfaltspflichtbestimmung, sondern um eine solche der nachträglichen Zurechnung des Erfolges (12). Indem dabei grundsätzlich auf die Frage zu antworten ist, ob durch das tatsächliche Verhalten, im Vergleich zum rechtmässigen Alternativverhalten, das Gefährdungsrisiko für das schliesslich beeinträchtigte Rechtsgut erhöht worden ist (13), werden keine Kausalitätsbetrachtungen (14) oder Ueberlegungen betreffend Sorgfaltspflichtverletzungen angestellt (der natürliche sowie der adäquate Kausalzusammenhang wird ja vorausgesetzt, desgleichen das sorgfaltswidrige Verhalten), sondern die Zurechnung bestimmter Erfolge, die ohnehin eingetreten wären, wird gestützt auf nachträgliche Ueberlegungen aus Billigkeitsgründen in gewissen Fällen ausgeschlossen.

Da diesen Betrachtungen keine Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichten zukommen, kann hier auf weitere Ausführungen sowie eine Stellungnahme verzichtet werden.

2. FAEHIGKEIT, DEN KAUSALVERLAUF IM VORAUS ABZUSCHAETZEN

Zur Fähigkeit, den Kausalablauf im voraus abzuschätzen, gehört die Fähigkeit, einerseits die Sachlage zur Tatzeit, andererseits die Eignung der verschiedenen möglichen Verhaltensweisen in bezug auf die Gefährdung von Rechtsgütern zu erkennen (15).

Aus dem Wesen der Strafrechtssätze als Bestimmungsnormen ergibt sich die Notwendigkeit, das Urteil über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhal-

12) Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 131.

13) Vgl. dazu Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 369 ff. Walder, Kausalität, 157 ff. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 129 ff. Jeschek, Lehrbuch, 474. Derselbe, Aufbau der Fahrlässigkeit, 17. Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg, 411 ff. Schönke/Schröder, N. 161 ff. zu § 15. Stratenwerth, AT, N. 219 ff., 1023 ff. Ulsenheimer, 364 ff.

14) Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 177.

15) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 113, 206 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 169. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, 88. Jeschek, Lehrbuch, 468. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 405. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 193. Stratenwerth, AT, N. 1102.

tens nach der Lage zu fällen, in der sich der Handelnde zur Tatzeit befand (16), denn die zur Tatzeit vorhandenen Umstände bilden Grundlage des Tatentschlusses über die Erforderlichkeit der Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges durch Anwendung unmittelbaren Zwanges und gegebenenfalls über die dazu geeignete Verhaltensweise.

2.1. Die Erkennbarkeit des objektiven Sachverhaltes

Aus dem Grundsatz der Beurteilung der Normwidrigkeit eines bestimmten Verhaltens vom Standpunkt ex ante folgt, dass es nur dann rechtswidrig sein kann, wenn es auf einen Sachverhalt abstellt, der sich sowohl vom objektiv erkennbaren als auch vom tatsächlich gegebenen unterscheidet. Massgeblich sind die dem Täter in der Tatsituation erkennbaren Umstände (17). Nachträglich gewonnene Erkenntnisse sind ohne Bedeutung. Daraus ergibt sich, dass das auf pflichtgemässer Prüfung des Sachverhaltes basierende Verhalten nicht rechtswidrig ist, auch wenn der Täter irrig eine sein Verhalten rechtfertigende Situation angenommen hat. Rechtswidrig und damit unter dem Gesichtspunkt des Sachverhaltsirrtums zu beurteilen ist nur solches Verhalten, welches von einem Sachverhalt ausgeht, bei dem die gebotene Sorgfalt bei der Abklärung der Tatumstände nur ungenügend oder überhaupt nicht beachtet wurde, bzw. bei dem der Irrtum über das Vorliegen des rechtfertigenden Sachverhaltes bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte vermieden werden können.

16) Vgl. oben, 38 f.

17) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 207. Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert, 246. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 373 ff. Hoffmann-Riem, "Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverursachung", 330 ff. Jacobs, Fahrlässiges Erfolgsdelikt, 63 f. Jeschek, Lehrbuch, 458. Kaufmann, Normentheorie, 140. Rudolphi, Die pflichtgemässe Prüfung, 81. Schmidhäuser, Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, 143 f. Schönke/Schröder, N. 183 zu § 15. Wolter, Irrtum über den Kausalverlauf, 677. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 241 ff.

2.2. Fähigkeit, die Eignung des Verhaltens zur Erreichung des angestrebten Zieles vorauszusehen

Im Unterschied zum Vorsatzdelikt, wo die Verwirklichung des Tatbestandes Ziel der menschlichen Handlung ist, richtet sich die Fahrlässigkeitstat zwar ebenfalls auf die Verwirklichung eines bestimmten Zieles, welches jedoch an sich nicht normwidrig ist oder gerechtfertigt werden kann, während sich nur die Verursachung von ausserhalb dieser Finalität liegenden tatbestandsmässigen und unbeabsichtigten Nebenfolgen als rechtswidrig erweist. Der tatbestandsmässige Erfolg ist nicht das Ziel der Handlung, sondern eine "ungewollte Nebenwirkung der von ihm (sc. dem Täter) zur Verwirklichung anderer Zwecke eingesetzten Kausalfaktoren" (18). Daraus erhellt, dass sich die Fahrlässigkeitsdelikte weniger mit den Handlungszielen als vielmehr mit der Art und Weise der Durchführung der finalen Handlung im Hinblick auf die rechtsgüterbeeinträchtigenden Nebenfolgen befassen (19). Normwidrig ist demnach ein Verhalten, welches die Folgen der zulässigerweise zur Verwirklichung erlaubter Ziele in die Aussenwelt gesetzten Kausalfaktoren mangelhaft überwacht und nötigenfalls zur Vermeidung verpönter Nebenfolgen nicht rechtzeitig eingreift (20). Um korrigierend eingreifen zu können, muss der Täter die Fähigkeit haben, die seiner beabsichtigten Handlung "entspringenden" Nebenfolgen gedanklich zu "antizipieren" (21), d.h. er muss die Eignung seines Verhaltens zur Erreichung des nicht tatbestandsmässigen oder zu rechtfertigenden Erfolges beurteilen und mögliche Nebenfolgen vor deren Eintritt erkennen können, um zwischen mehreren denkbaren Verhaltensweisen die mit keinen oder am wenigsten unerwünschten Nebenfolgen verbundene auszuwählen. Die Fähigkeit, sich rechtmässig zu verhalten, d.h. unerwünschte, tatbestandsmässige Erfolge zu vermeiden, bedingt die Fähigkeit, die Eignung der zur Verwirklichung des Handlungsziels denkbaren Verhaltensweisen hinsichtlich ungewollter Nebenfolgen vorausschauend zu erkennen. In Art. 18 Abs.

18) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 110.

19) Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 210. Welzel, Strafrecht, 129.

20) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 114.

21) Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 215. Ähnlich Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 89. Walder, Kausalität, 113 f. Schönke/Schröder, N. 178 zu § 15. BGE 102 IV 97, 99 IV 131, 75 IV 53.

3 StGB kommt dieser Gedanke darin zum Ausdruck, dass nur rechtswidrig handelt, wer "die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat", d.h. wer sich nicht in genügendem Masse auf die Folgen der von ihm eingesetzten Kausalfaktoren konzentriert (22). Ein Verhalten kann folglich dann nicht rechtswidrig sein, wenn der Täter den Eintritt des fraglichen Erfolges nicht voraussehen konnte (23).

Nun ist aber noch lange nicht jedes Verhalten, welches einen tatbestandsmäßigen Erfolg bewirkt hat, der objektiv voraussehbar war, als rechtswidrig zu qualifizieren. Erforderlich ist vielmehr neben dem natürlichen (24) das Bestehen eines rechtlich relevanten (25) bzw. adäquaten Kausalverlaufes (26). Damit eine bestimmte Verhaltensweise als Ursache eines Erfolges gelten kann, "muss sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, den Erfolg herbeizuführen. Nur wenn er so als adäquate Folge der Tat erscheint, ist der Zusammenhang rechtlich erheblich..." (27). Somit ist der Aufstellung von Sorgfaltspflichten dort eine Grenze gesetzt, wo dem objektiven Betrachter anstelle des potentiellen Täters, ausgerüstet mit einem den rechtlichen Anforderungen genügenden Wissen, ex ante zum Urteil gelangt,

22) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 106. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 48.

23) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 241. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 375 ff. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 185 f. Schwander, Strafgesetzbuch, 71 f. Schwartz, Adäquate Kausalität, 13 f. Jeschek, Lehrbuch, 228 ff. Derselbe, Aufbau der Fahrlässigkeit, 17. Schönke/Schröder, N. 124 b zu § 15.

24) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 240. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 368. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 116. Schwander, Strafgesetzbuch, 68 f. Schönke/Schröder, N. 73 ff. Vorbem. zu §§ 13 ff. BGE 103 IV 291, 100 IV 283.

25) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 89 f. Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 244 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 174 ff. Schönke/Schröder, N. 160 ff. zu § 15 mit Nachweisen. Schröder, Leipziger Kommentar, N. 19 zu § 16. Stratenwerth, AT, N. 1106 f.

26) Dubs, Fahrlässige Delikte, 35. Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 89 f. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 375 ff. Schwander, Strafgesetzbuch, 95. Walder, Kausalität, 144 ff. Jeschek, Lehrbuch, 229. Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, 48. Wolter, Irrtum über den Kausalverlauf, 672 ff.

Zur Kritik am Ausdruck "adäquater Kausalzusammenhang" unter dem Gesichtspunkt normativer Einschränkung des Kreises voraussehbarer Kausalverläufe, vgl. Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 244.

27) BGE 73 IV 232.

die Möglichkeit eines Erfolgseintrittes sei nicht in rechtlich ausreichendem Masse wahrscheinlich. Aus dieser Formulierung wird ersichtlich, dass zwischen den Begriffen "Voraussehbarkeit" und "adäquater Kausalverlauf" ein Unterschied besteht, indem der Kreis der voraussehbaren Kausalverläufe viel grösser ist als jener der adäquaten. So ist etwa voraussehbar, dass die an sich noch rüstige Grossmutter, die ihren Enkel nach langer Trennung zum ersten Mal wiedersieht, infolge Aufregung über das freudige Ereignis den Tod erleidet, jedoch ist das Wiedersehen vom Enkel aus gesehen nicht adäquat kausal für den Tod seiner Grossmutter.

Somit wird nicht schon dann eine Sorgfaltspflicht verletzt, wenn ein bestimmtes Ereignis als Folge der beabsichtigten Verhaltensweise voraussehbar im Sinne des sich in Zukunft abspielenden, natürlichen Kausalverlaufes erscheint - um ein anderes Beispiel zu nennen, ist es voraussehbar, dass auch fabrikneue Fahrzeuge an versteckten Materialdefekten leiden können, deren Auftreten bei einem Motorfahrzeug schwere Verkehrsunfälle zu bewirken vermögen -, sondern nur in denjenigen Fällen, in denen ein einsichtiger Beobachter an Stelle des Täters unter Berücksichtigung der ihm erkennbaren Real-faktoren sowie der dem Täter zusätzlich bekannten Umstände und unter Verwertung des allgemeinen Erfahrungswissens seiner Zeit die strafrechtserhebliche Beeinträchtigung eines Rechtsgutes für wahrscheinlich halten musste (28). Im erwähnten Beispiel des Fahrzeuglenkers müssten konkrete Umstände, die entweder an sich oder aber aufgrund einer allfälligen Prüfungspflicht vor Beginn der Fahrt erkennbar sind, auf einen solchen Materialdefekt - und damit die Möglichkeit eines Verkehrsunfalles - hinweisen, damit dem Fahrer die Verletzung einer Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden kann.

Dabei ist nicht nur - wie Rutz meint - der wirkliche mit dem vom Standpunkt des Täters sorgfaltsgemäss ermittelten adäquaten Kausalzusammenhang zu vergleichen (29). Die Prüfung der Frage der Sorgfaltspflichtverletzung setzt

28) Walder, Kausalität, 145 ff. Unrichtig m.E. Dubs, Fahrlässige Delikte, 38. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 375 ff. Bockelmann, Strafrecht, AT, 158 f. Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 18, welche offenbar von einer Uebereinstimmung von "Adäquanz" und "Voraussehbarkeit" ausgehen. Nach der hier vertretenen Auffassung muss zwar jeder Erfolgseintritt voraussehbar sein, wenn er adäquat sein soll, jedoch ist umgekehrt nicht jeder voraussehbare Erfolg adäquat.

29) Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 379 f.

nämlich den Vergleich des vom Täter tatsächlich als adäquat angenommenen Kausalverlaufs bzw. der final determinierten Verhaltensweise, mit dem von einem einsichtigen Beobachter als erkennbar adäquat abgeschätzten voraus; erst unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung des Erfolges kann der sorgfalts-gemäss erkennbar adäquate mit dem tatsächlichen Kausalverlauf verglichen werden, wenn die Haftung aufgrund von Ueberlegungen ex post ausgeschlossen werden soll, weil der Erfolg auch sonst eingetreten wäre (30).

Schliesslich stellt sich die Frage, in welchem Masse die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung eines Rechtsgutes gegeben sein muss, dass von einer adäquaten Beeinträchtigung gesprochen werden kann.

Sicher wird die rein zufällige, nur theoretisch voraussehbare, äusserst seltene bzw. ausserhalb normalen Geschehens liegende Folge einer bestimmten Ursache nicht als adäquat zu bezeichnen sein, während dies beim nicht so selten eintretenden, möglichen Erfolg in der Regel der Fall sein dürfte (31).

Da die Bewertung der Gefährlichkeit menschlichen Verhaltens für bestimmte Rechtsgüter infolge der unendlich grossen Zahl der jene beeinflussenden Kausalfaktoren sowie der Schwierigkeit der Gewichtung derselben niemals exakt mathematisch im Sinne einer in Zahlen ausgedrückten Gefährdungswahrscheinlichkeit erfolgen kann, ist es Aufgabe des Richters, im Rahmen der Tatbestandsauslegung denjenigen Wahrscheinlichkeitsgrad zu bestimmen, der das gefährliche Verhalten als normwidrig erscheinen lässt.

Nicht erforderlich ist im übrigen, dass der Kausalablauf in allen Einzelheiten voraussehbar ist, sondern es genügt, wenn er sich so abgespielt hat, wie man sich ihn in etwa vorstellen musste und wenn ein Erfolg von der Art des eingetretenen erkennbar war (32).

30) Vgl. oben, 101 f.

31) Walder, Kausalität, 145 f., 157 ff. Engisch, Kausalität, 46. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, 94 f. Jeschek, Lehrbuch, 230. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 266 ff. Schönke/Schröder, N. 91 f. zu §§ 13 ff. BGE 103 IV 291, 100 IV 284 mit weiteren Nachweisen, 100 IV 214, 98 IV 10.

32) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 244. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 380. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 192. Schwander, Strafgesetzbuch, 95. Walder, Kausalität, 143 mit Nachweisen. BGE 101 IV 70, 73 IV 232.

2.3. Das Problem der Automatismen

Problematisch erscheint die Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei "automatisch" ablaufenden Reaktionen, die durch dauernde Uebung in typischen Situationen so automatisiert worden sind, dass das steuernde Eingreifen in der nur vermeintlich typischen Situation nicht oder nicht rechtzeitig erfolgen kann. Als Beispiel wäre etwa der Autofahrer zu nennen, der beim plötzlichen Auftauchen eines Hindernisses auf seiner Fahrbahn auf die Bremsen tritt, obschon die Fahrbahn vereist ist und er eine Kollision durch vorsichtiges Ausweichen hätte verhindern können.

In solchen atypischen Gefahrlagen kann die pflichtgemässe Sorgfalt nur darin bestehen, die riskante Situation überhaupt zu vermeiden (33), indem etwa langsamer gefahren oder der Umweg über eine gesalzene und deshalb eisfreie Strasse gewählt wird. Es handelt sich somit um ein Problem der Uebernahmefahrlässigkeit im weitesten Sinne (34). Dementsprechend ist nicht die automatische Reaktion Anknüpfungspunkt für das strafrechtliche Unwerturteil, sondern der nicht betätigte Wille, solche Reaktionen zu unterdrücken, bzw. die nicht benützte Gelegenheit, solche atypischen Situationen zu vermeiden, obwohl die Möglichkeit derartiger vom Normalfall abweichender Umstände sowie entsprechend automatischer Fehlreaktionen in rechtlich genügend wahrscheinlichem Masse voraussehbar ist.

3. FAEHIGKEIT, SICH ENTSPRECHEND DER ALS RICHTIG ERKANNTEN UND "GESOLLTEN" DETERMINATION ZU VERHALTEN

Ist aufgrund der richtigen Analyse des Sachverhaltes und infolge der sachgerechten Berechnung des Kausalverlaufes ein bestimmtes Verhalten als zur Herbeiführung des gesetzlich gebotenen Erfolges und zur Vermeidung von unerwünschten Nebenfolgen als geeignet erkannt worden, so muss der Handelnde bzw. die an seiner Stelle gedachte hypothetische Vergleichsperson körperlich und geistig in der Lage sein, die beabsichtigte Zustandsveränderung

33) Jacobs, Fahrlässiges Erfolgsdelikt, 76 f.

34) Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 22. Derselbe, Lehrbuch, 469 f. Schönke/Schröder, N. 196 zu § 15. Stratenwerth, AT, N. 1103.

respektive -erhaltung in die Tat umzusetzen. Das als richtig erkannte Verhalten muss durchführbar sein (35).

Im Falle der Zwangsvollstreckung durch die Anwendung unmittelbarer Gewalt bedingt dies, dass der Beamte in der Anwendung der verschiedenen Zwangsarten so ausgebildet ist, dass er die von der Rechtsordnung an ihn gestellten Anforderungen erfüllen kann, da ein Zurückbleiben hinter dem von ihm erwarteten Können Ursache einer Sorgfaltspflichtverletzung sein kann. Die Statuierung von Sorgfaltsanforderungen betreffend die Realisierung von gebotenen Veränderungen in der Aussenwelt bzw. die Erhaltung des status quo findet jedoch dort ihre absolute Grenze, wo deren Erfüllung aus tatsächlichen Gründen nicht mehr möglich ist. Gegen dieses Prinzip würde etwa die Pflicht verstossen, den um den Abzug der Pistole gekrümmten Finger eines Geiselnähmers zu treffen, um die Lebensgefahr für die dadurch bedrohten Geiseln zu beseitigen und gleichzeitig den Geiselnähmer nur leicht zu verletzen, da eine derart genaue Schussabgabe schon zufolge der technischen Streuung jeder Schusswaffe nicht möglich ist. Trifft der zum Schuss kommandierte Polizeibeamte im erwähnten Beispiel den Rechtsbrecher in den Unterarm, so hat er demzufolge keine Sorgfaltspflicht verletzt, wobei ausser Betracht bleiben soll, ob allenfalls auf andere Körperteile zu zielen gewesen wäre.

4. DER ANZUWENDENDE MASSSTAB

Nach Art. 18 Abs. 3 StGB handelt pflichtwidrig, wer "die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist". Elemente für die Bestimmung des Masses der anzuwendenden Sorgfalt sind somit die "Umstände" und die "persönlichen Verhältnisse" des Täters. Wenn sich aus dieser Umschreibung der Sorgfaltspflicht das gesetzgeberische Postulat nach weitgehender Konkretisierung ableiten lässt (36), so ist doch zu beachten, dass die normative Funktion der Be-

35) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 241. Derselbe, Erlaubtes Risiko, 204 f. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 365. Walder, Kausalität, 151. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikte, 171. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 195. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Können etwa berücksichtigt in BGE 104 IV 20.

36) Germann, Das Verbrechen, 180. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 193.

griffe einen generellen Massstab voraussetzt (37). Der Massstab "dieser Umschreibung ist also ein 'objektiver', der Gegenstand des Umschriebenen ist 'subjektiv', ist eine finale Handlung" (38). In diesem Sinne wird ein solches Mass an Sorgfalt verlangt, wie es "nach menschlicher Erfahrung, nach den Leben und Verkehr beherrschenden Gepflogenheiten" (39) üblich ist oder wie es ein einsichtiger und besonnener Mensch in der Lage des Täters gezeigt haben würde (40).

Nicht ganz einig ist man sich über den Umfang des sozialen Bereiches, an dem die Durchschnittsanforderungen zu messen sind. Grundsätzlich sind wohl die für den Amts-, Berufs- und Gewerbekreis des Täters geltenden Rechtssätze und Verkehrsgepflogenheiten massgebend, wobei ein allfälliges Sonderwissen, d.h. die diesbezüglichen persönlichen Verhältnisse in objektiver Hinsicht zu berücksichtigen sind (41). Dementsprechend ist jeweils derjenige Verkehrskreis gemeint, in dem sich die Tat abspielt, nicht etwa jener, aus dem der Täter stammt. Dabei ist der Verkehrskreis im Einzelfall im Hinblick auf die in Art. 18 Abs. 3 StGB geforderte Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse so weit zu differenzieren, "als sich ein Lebensbereich zur festen sozialen Position verdichtet hat, an den die Gesellschaft typische Rollen-

37) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 242. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 169 f. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 349 ff. Jeschek, Lehrbuch, 467 f. Derselbe, Aufbau der Fahrlässigkeit, 9 f. Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 408. Schönke/Schröder, N. 122 zu § 15. Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, 260. BGE 90 IV 10.

38) Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 409.

39) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 129. Aehnlich Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 378 f. Walder, Kausalität, 146. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 50 f. Jeschek, Lehrbuch, 457 f. Mezger/Blei, Strafrecht I, 268 f. Schönke/Schröder, N. 117, 135 ff. zu § 15. BGE 104 IV 19.

40) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 242. Derselbe, Erlaubtes Risiko, 120. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 189. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 169. Jeschek, Aufbau der Fahrlässigkeit, 12. Welzel, Strafrecht, 132.

41) Dubs, Fahrlässige Delikte, 37. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 194 f. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 242 f. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 379. Schultz, a.a.O. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 170. Jeschek, Lehrbuch, 468. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 65 ff. Schönke/Schröder, N. 138 ff. zu § 15. Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, 269 ff. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 52 ff., nach welchem jedoch das Sonderwissen des Täters nicht berücksichtigt werden soll.

erwartungen knüpft" (42). Davon scheint auch das Bundesgericht auszugehen (43). Demgemäss ist im folgenden von einem solchen Mass an aufzuwendender Sorgfalt auszugehen, wie es von Polizeibeamten allgemein gefordert werden kann. Darüber hinaus ist ein allfälliges Sonderwissen zu berücksichtigen. Somit ist für die Frage des Erkennens eines tatsächlichen Sachverhaltes und die Abschätzung des hypothetischen Kausalverlaufes prinzipiell das Erfahrungswissen, für die Frage der Realisierung der als richtig erkannten Massnahme das technische Können eines durchschnittlichen Polizeibeamten massgebend.

Nicht zu berücksichtigen sind dagegen persönliche Mängel des Beamten, die es ihm verunmöglichen, von den von ihm erwarteten Fähigkeiten Gebrauch zu machen, da diese Gesichtspunkte bei der Prüfung der Schuldfrage zu untersuchen sind (44). Als Umstände in Betracht zu ziehen sind insbesondere die Art der auszuführenden Handlung, die zeitlichen Verhältnisse sowie die mit der Gefährlichkeit des vorgesehenen Verhaltens verbundenen Faktoren (45).

II Ausschluss der Pflichtwidrigkeit durch die Wahl einer ungewollte tatbestandsmässige Nebenfolgen vermeidenden Verhaltensweise

Aus der Funktion der Strafrechtssätze als Bestimmungsnormen, wonach dem Rechtssubjekt vorgeschrieben wird, sich in einer bestimmten Situation in einer bestimmten Weise zu verhalten, ergibt sich, dass grundsätzlich diejenigen Verhaltensweisen normwidrig sind, die geeignet sind, tatbestandsmässige Erfolge zu erzielen. Die Bestimmungsnorm verlangt - positiv ausgedrückt - vom Rechtssubjekt ein Verhalten, welches erlaubt, rechtlich missbilligte Erfolge zu vermeiden, d.h. sie fordert ein bestimmtes Mass an finaler Steuerung zur Verhinderung verpönter Nebenfolgen (46). Wenn die Gefähr-

42) Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, 260. Ähnlich Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 57.

43) BGE 104 IV 208 Erw. 3, 103 IV 292 f., 97 IV 93 f.

44) Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 379. Welzel, Strafrecht, 46.

45) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 242.

46) Vgl. oben, 87.

lichkeit verschiedener, möglicher Handlungsweisen durch Antizipation der adäquaten (Neben-) Kausalverläufe erkannt ist, kann die zu beachtende Sorgfalt nicht nur darin bestehen, jene Erkenntnisse zu konstatieren (47), sondern es ist unter diesen Verhaltensweisen diejenige auszuwählen, die mit den Bestimmungsnormen des Strafrechts nicht kollidiert. Mit anderen Worten hat das ein bestimmtes Handlungsziel verfolgende Rechtssubjekt unter den nach den im Abschnitt über das Können entwickelten Grundsätzen ausfindig gemachten Verhaltensweisen diejenige zur Grundlage seines Handlungsentchlusses zu machen, die so ungefährlich ist, dass ein allfällig eintretender, tatbestandsmässiger Erfolg nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht auf jene zurückzuführen ist. Dabei ist zu beachten, dass diese im Hinblick auf die Meidung von Rechtsgüterbeeinträchtigungen optimale Verhaltensweise jeweils nur im konkreten Fall eruiert werden kann, indem zur Bestimmung ihrer Gefährlichkeit die zur Erfolgsabwendung eingesetzten Faktoren zu berücksichtigen sind (48). Voraussetzung sorgfaltspflichtgemässen Verhaltens unter diesem Gesichtspunkt ist aber, dass überhaupt eine Verhaltensweise möglich ist, die zu keinem unerwünschten tatbestandsmässigen Erfolg führt; sobald dies nicht der Fall ist, hilft der hier behandelte Grundsatz nicht weiter und ist der Inhalt der betreffenden Sorgfaltspflicht positiv durch Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zu ermitteln.

Im Gegensatz zum Kriterium des Könnens, welches nur darüber Auskunft zu geben vermag, was nicht Gegenstand von Sorgfaltspflichten werden kann, gibt das hier behandelte Kriterium zwar Auskunft über den Inhalt der Sorgfaltspflicht, jedoch auch wiederum nur in negativer Weise in der Gestalt des Verbots, rechtsgutgefährdende Verhaltensweisen auszuführen. Es geht somit im folgenden darum, zu ergründen, welches positiv der Inhalt der Sorgfaltspflichten ist.

47) Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 240. Jacobs, Fahrlässiges Erfolgsdelikt, 62.

48) Vgl. dazu unten, 116 ff.

D) POSITIVE BESTIMMUNG DER SORGFALTSPFLICHTEN DURCH WERTENDE ABWAEGUNG
DES INTERESSES AM SCHUTZ DER RECHTSGÜTER EINERSEITS UND AN DER
VORNAHME DER GEFAHRlichen HANDLUNG ANDRERSEITS

I Funktion der Interessenabwägung und Ausgangslage

1. FUNKTION DER INTERESSENABWAEGUNG ZUR BESTIMMUNG DER SORGFALTSPFLICHTEN

Durch die Feststellung, dass die Sorgfaltspflichten durch das Können des Vollzugsbeamten begrenzt sind und dass der letztere unter den denkbaren Verhaltensweisen diejenigen zu wählen hat, die nicht geeignet sind, ungewollte, tatbestandsmässige Erfolge zu bewirken, ist der Inhalt jener Sorgfaltspflichten noch nicht positiv bestimmt. Beide Kriterien sind nämlich einseitig auf die Frage ausgerichtet, wie die Rechtsgüter Dritter geschützt werden können, ohne dass danach gefragt wird, ob jene Rechtsgüter in der konkreten Situation überhaupt Schutz verdienen. Somit erlauben sie nur diejenigen Verhaltensweisen zu bestimmen, die überhaupt als Pflichtinhalte in Frage kommen, d.h. das auf jene gestützte Urteil kann nur die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens verneinen. Als Voraussetzung der Bejahung der Pflichtwidrigkeit muss die Frage beantwortet werden, inwieweit bei sich im konkreten Fall gegenüberstehenden Interessen die strafrechtlichen Rechtsgüter zu schützen sind, was auf dem Wege der Interessenabwägung zu geschehen hat.

2. PROBLEMORIENTIERTE DARSTELLUNG DER AUSGANGSLAGE

Jede Anwendung unmittelbarer Gewalt beinhaltet ein gewisses Risiko, indem sie eine weitergehende als die beabsichtigte, d.h. die in der Festsetzungsverfügung bestimmte Wirkung beim Pflichtigen zur Folge haben kann. Diese Erfahrungstatsache lässt sich dadurch erklären, dass einerseits die Wirkung beim Einsatz der verschiedenen Zwangsarten, insbesondere des polizeilichen Schusswaffengebrauchs, nur ungenau berechenbar ist und dass andererseits der Unterschied zwischen einfacher und schwerer Körperverletzung sowie Tod als möglichen Folgen der Anwendung unmittelbaren Zwanges nur ein qualitativer ist. Während sich nämlich zwei unter verschiedene Tatbestände zu subsumierende Erfolge in der Regel darin unterscheiden, dass jeder Erfolg durch eine

verschieden geartete Verhaltensweise bewirkt wird, trifft dies im Verhältnis von Körperverletzung und Tod nicht zu, indem beide die Folgen gleichgearteter, eventuell verschieden starker Einwirkungen auf eine bestimmte Person sind. Der Unterschied im Resultat ist einschneidend, vor allem dann, wenn die Körperverletzung geboten, die Tötung dagegen als unverhältnismässiger Eingriff nicht erlaubt ist (49).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten für Schädigungen an Leib und Leben, die schwerer sind, als die ursprünglich gewollten, weil sich die mit der Anwendung unmittelbaren Zwanges verbundene Gefährlichkeit im konkreten Fall realisiert hat.

Es ist jedoch zu beachten, dass unter dem hier zu behandelnden Gesichtspunkt der Eintritt der tatbestandsmässigen Rechtsgüterbeeinträchtigung als adäquate Folge des gefährlichen Verhaltens nicht in Kauf genommen wird; der Vollzugsbeamte würde die gefährliche Handlung nicht vornehmen, wenn er wüsste, dass sie im konkreten Fall zum Eintritt des unbeabsichtigten tatbestandsmässigen Erfolges führt (50). Obschon ihm das mit der Anwendung unmittelbarer Gewalt verbundene Risiko bewusst ist, vertraut er darauf, dass sich jenes als Folge seines Verhaltens nicht verwirklichen werde (51). Somit beschränkt sich die Frage nach dem Inhalt der bei gefährlichem Tun zu beachtenden Rechtspflichten im Rahmen dieses Kapitels auf Fahrlässigkeitsdelikte (52).

Bedeutet, wie erwähnt, jede Anwendung unmittelbaren Zwanges eine Beeinträchtigung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter und bestehen zufolge des lediglich "fliessenden Ueberganges" zwischen einfacher und schwerer Körperverletzung sowie Tod eminente Schwierigkeiten in der Dosierung des anzuwendenden Zwanges zur Bewirkung der gesetzlich gebotenen Rechtsgüterbeeinträchti-

49) Aehnlich Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 250.

50) Vgl. Franksche Formel zur Abgrenzung des dolus eventualis vom bedingten Vorsatz, Frank, Strafgesetzbuch, 190.

Vgl. auch Germann, Vorsatzprobleme, 357 ff. Rehberg, Fahrlässigkeitsdelikt, 240. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 36 ff.

51) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 41. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 186. Jeschek, Lehrbuch, 241. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 329. BGE 103 IV 67 ff.

52) Vgl. auch Rehberg, Erlaubtes Risiko, 73 ff., 97 f.

tigung, da infolge der Beschaffenheit der Zwangsart als auch der körperlichen Konstitution des Pflichtigen sowie der Umstände im konkreten Fall unendlich viele Konstellationen möglich sind, ist jede Zwangsanwendung als gefährlich im Sinne einer über das beabsichtigte Ziel hinausgehenden Wirkung zu betrachten. Durch die Anordnung der Anwendung von Zwang in bestimmten Fällen nimmt der Gesetzgeber derartige Risiken offensichtlich in Kauf. Fraglich ist allein, welches Mass an Risiko vom Polizeibeamten gerade noch eingegangen werden kann und muss. Der Antwort auf diese Frage soll im folgenden nachgegangen werden, wobei zunächst aufzuzeigen ist, wie die Gefährlichkeit menschlichen Verhaltens zu bestimmen ist.

Als theoretisches Hilfsmittel zur Lösung der strafrechtlichen Probleme, die die Bewertung solcher, für Strafrechtsgüter gefährlicher Verhaltensweisen in sich birgt, bieten sich die Lehren vom erlaubten Risiko bzw. von der sozialen Adäquanz an, welche sich mit dem Inhalt der Sorgfaltspflichten bei der Ausführung derartig gefährlicher Verhaltensweisen befassen. Als solche bilden sie keine neuen systematischen Gesichtspunkte, sondern enthalten Richtlinien und Erkenntnisse über die Auslegung des Fahrlässigkeitsbegriffes bei sich im konkreten Fall widerstreitenden Interessen (53). Da auf diesem

-
- 53) Vgl. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 188, 228. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 173. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 40 f. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 418 f. Hirsch, Soziale Adäquanz, 781 ff. Derselbe, Leipziger Kommentar, N. 25 Vorbem. zu § 51. Schaffstein, Soziale Adäquanz, 378, 386. Schöneke/Schröder, N. 142 ff. zu § 15. Stratenwerth, AT, N. 342 f. Welzel, Strafrecht, 132 f. Zipf, Sozialadäquates Verhalten, 647 ff.

Nicht als Problem der Rechtswidrigkeit im Rahmen der Auslegung des Fahrlässigkeitsbegriffs, sondern als Schuldausschliessungsgrund behandeln das erlaubte Risiko z.B. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 81 f., 94. Kienapfel, Erlaubtes Risiko, 21, der daneben ein erlaubtes und gerechtfertigtes Risiko kennt, a.a.O., 17 ff. Ein gerechtfertigtes Risiko kennen neben Kienapfel, a.a.O., z.B. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 366. Jeschek, Lehrbuch, 324 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 418 f. Mezger/Blei, Strafrecht I, 268. Dazu folgendes: Wenn die für eine bestimmte Tätigkeit gemäss Art. 18 Abs. 3 StGB erforderliche Sorgfalt im Hinblick auf die konkreten Umstände festgelegt werden muss, kann es nicht erlaubt sein, jene wegen "spezieller Umstände" zu verletzen, da eine weitergehende Konkretisierung als die Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände nicht möglich ist. Vgl. dazu die Ausführungen über den Ausschluss der Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens.

Als Tatverantwortungsausschlussgrund behandelt das erlaubte Risiko Rehberg, Erlaubtes Risiko, 185, der jenes jedoch neuerdings als Tatbestandselement betrachtet, da sich die dagegen bestehenden theoretischen

Rechtsgebiet eine einheitliche Terminologie fehlt (54), bedarf der Klarstellung, dass im Rahmen dieser Arbeit unter den Begriffen "erlaubtes" bzw. "sozialadäquates Risiko" diejenigen gefährlichen Tätigkeiten zu verstehen sind, die vom "volkswirtschaftlichen oder allgemein sozialen Standpunkt aus unumgänglich sind und daher im öffentlichen Interesse liegen, obschon sie erfahrungsgemäss trotz Anwendung aller Vorsicht immer wieder zu Schädigungen an Leib und Leben führen" (55).

Eine Besonderheit besteht im vorliegenden Zusammenhang darin, dass dem hoheitlichen Zwang ausübenden Beamten die gefährliche Tätigkeit nicht nur erlaubt, sondern sogar aufgetragen ist, weshalb hier zutreffender von "gebotenem Risiko" zu sprechen wäre (56).

II Die Bewertung der Handlung in bezug auf ihre Gefährlichkeit

Wenn vorstehend davon gesprochen wurde, dass die Anwendung unmittelbarer Gewalt regelmässig bestimmte Rechtsgüter in Gefahr versetze, so stimmt dies insofern, als bei der Gewaltanwendung gegenüber Personen notwendigerweise das Rechtsgut der Freiheit und regelmässig jenes der Gesundheit, bei der Zwangsanwendung gegen Sachen grundsätzlich die Vermögensrechte der daran Berechtigten betroffen werden. Daraus kann geschlossen werden, dass jede Anwendung unmittelbaren Zwanges ihrem Wesen nach als gefährlich einzustufen ist, da die Möglichkeit eines überschüssenden Erfolges grundsätzlich immer

Bedenken praktisch nicht auswirken, vgl. derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 240, insbesondere Anm. 7.

- 54) Vgl. dazu etwa die verschiedenen Begriffe bei Hirsch, Soziale Adäquanz, 78 ff. Jeschek, Lehrbuch, 322 ff., 479 f. Klug, Sozialkongruenz, 249 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 418 ff.
- 55) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 45 f. Sinngemäss z.B. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 173. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 160. Engisch, Der Unrechtstatbestand, 418 f. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, 106 f. Hirsch, Soziale Adäquanz, 94. Derselbe, Leipziger Kommentar, N. 19 ff. Vorbem. zu § 51. Kienapfel, Erlaubtes Risiko, 7 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 229 ff. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 13 ff. Schaffstein, Soziale Adäquanz, 378 ff. Stratenwerth, AT, N. 334 ff. Welzel, Strafrecht, 132f.
- 56) Klug, Sozialkongruenz, 260, im Zusammenhang mit dem mit einer nach kaufmännischen Grundsätzen gebotenen Lagerhaltung verbundenen Risiko eines Handelsunternehmens.

vorhanden ist. Steht dies fest, so kann es nur mehr darum gehen, den Grad der Gefährlichkeit der zur Zwangsvollstreckung geeigneten Verhaltensweisen zu bestimmen. Dabei kann das einem bestimmten Verhalten immanente Gefährdungspotential nicht abstrakt festgelegt werden, sondern hängt in ganz entscheidendem Masse von den Umständen ab. Zunächst ist das bei der Zwangsanwendung eingesetzte Mittel ein Element, welches die Gefährlichkeit der Handlung wesentlich beeinflusst (57). Der Einsatz der Schusswaffe ist in der Regel als gefährlicher einzustufen als die Anwendung von Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt. Das Beispiel zeigt aber bereits, dass dies nicht notwendigerweise so sein muss. So ist die mit Baumstämmen auf der Autobahn in einer unübersichtlichen Kurve errichtete Strassensperre zur Verhaftung eines Verbrechers sicher für jenen als auch für die übrigen Autobahnbenutzer gefährlicher als die dem gleichen Zweck dienende Schussabgabe auf das Hinterrad des Fluchtwagens (58). Somit hängt die Gefährlichkeit der Zwangshandlung auch davon ab, ob und wie weit die potentiell gefährdeten Rechtsgüter "unmittelbar oder infolge Hinzutretens weiterer Kausalreihen dem Wirkungsbereich jener Handlungsmittel unterliegen" (59). Eine Erhöhung der Gefährlichkeit durch Hinzutreten weiterer Kausalfaktoren wäre beispielsweise dann gegeben, wenn sich im angeführten Beispiel bei der Strassensperre eine Menge Schaulustiger einfindet, die die Verhaftung aus unmittelbarer Nähe mitverfolgen möchte (60). Daraus wird ersichtlich, dass der Gefährlichkeitsgrad durch bestimmte Massnahmen vermindert werden kann. Der polizeiliche Einsatzleiter könnte etwa dafür sorgen, dass die Schaulustigen weggewiesen werden und dass für den Fall der Verletzung des Verhafteten ein Arzt bereitsteht. Wichtig für die Bestimmung der Gefährlichkeit der Anwendung unmittelbarer Gewalt sind somit nicht nur die einzusetzenden, sondern ebensosehr die zur Verminderung jener Gefahren vorgesehenen Mittel (61).

57) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 196.

58) Vgl. oben, 8.

59) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 197.

60) Vgl. oben, 76 ff.

61) Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 189 ff. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 365. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 172. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 196 f. Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, 109. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 178 ff., der von der "ohne - zu - Komponente" spricht.

Endlich hängt die Gefährlichkeit der Anwendung unmittelbaren Zwanges von den physischen und psychischen Fähigkeiten des Vollzugsbeamten ab (62). Im vorliegenden Fall wird ein geübter Polizeibeamter das Rad des Fluchtfahrzeuges mit grösserer Wahrscheinlichkeit treffen als sein schiessunkundiger Kollege, der durch die grössere Streuung der abgegebenen Schüsse automatisch auch die körperliche Integrität des Fahrzeugführers mehr gefährdet. Wichtig ist dabei jedoch nicht nur die Treffsicherheit des Schützen, sondern auch die Wahl des richtigen Zeitpunktes zur Schussabgabe, indem die Trefferwahrscheinlichkeit auf kurze Distanz grösser ist als auf grosse Entfernung.

Grundsätzlich wird die Eignung des Polizeibeamten zum Einsatz unmittelbaren Zwanges durch dessen Wahl nach bestandener Polizeischule formell bestätigt (63).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gefährlichkeit einer Vollzugs- handlung allein aufgrund der Festsetzungsverfügung, aus welcher nur das Ziel der Handlung und die zu seiner Erreichung einzusetzenden Mittel entnommen werden können, nicht bestimmbar ist. Entscheidende Bedeutung kommt neben den erwähnten Elementen den zur Minderung einer allfälligen Gefährdung getroffenen Massnahmen, der Fähigkeit des Täters, jederzeit in gefährdungsmin- dern dem Sinne einzugreifen sowie dem Wirkungsbereich der in Gang gesetzten Kau- salreihen zu. Aus den gemachten Ausführungen ergibt sich als selbstverständ- lich, dass ein bestimmtes Rechtsgut durch menschliches Verhalten nicht nur gefährdet sein kann oder nicht, sondern dass es Gefährdungen verschieden schweren Ausmasses gibt.

62) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 197.

63) Zur persönlichen Fähigkeit des Täters: Rehberg, Erlaubtes Risiko, 204 f. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 365.

III Die gegeneinander abzuwägenden Interessen

1. DIE INTERESSEN AN DER VORNAHME DER GEFAEHRlichen HANDLUNG

Wenn das der Anwendung unmittelbaren Zwanges immanente Risiko überschüssender Erfolge und damit die potentielle Beeinträchtigung schützenswerter Interessen des Zwangsunterworfenen in Kauf genommen werden soll, muss ein wichtiges Interesse an der Vornahme jener Vollstreckungshandlungen bestehen (64). In der Tat besteht ein eminentes öffentliches Interesse an der zwangsweisen Durchsetzung staatlicher Entscheide, deren Pflichten nicht freiwillig befolgt werden. Entsprechend dem Wesen des Rechts vermag jenes nur solange zu bestehen, als es freiwillig befolgt oder aber zwangsweise durchgesetzt wird. In diesem Sinne gehört der Zwang begriffswesentlich zum Recht (65). Daraus wird das grosse Interesse an der Vollstreckung nicht freiwillig befolgter Hoheitsakte offenbar. Letztlich hängt der Schutz sämtlicher, rechtlich anerkannter Interessen von der Durchsetzung des Rechts im Einzelfall ab. Die Richtigkeit dieser Aussage ergibt sich aus der typisierten Interessenabwägung, welche Art. 32 StGB zugrundeliegt, wonach der Schutz der strafrechtlichen Rechtsgüter immer dann und in dem Masse entfallen soll, als dies zur Ausübung von Amtspflichten, d.h. im öffentlichen Interesse nötig ist (66).

Da grundsätzlich nur die absolute Untätigkeit der Vollzugsorgane jegliches Risiko überschüssender Rechtsgüterbeeinträchtigungen vermeiden könnte, muss der Gesetzgeber durch die Aufnahme des unmittelbaren Zwanges in sein Zwangsmittelinstrumentarium mit über das beabsichtigte Mass hinausgehenden Rechtsgüterbeeinträchtigungen rechnen. Dies wirkt sich in dem Sinne auf die bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges zu beachtenden Sorgfaltspflichten aus, als diese nur mehr den Inhalt haben können, derartige Rechtsgüterbeeinträchtigungen möglichst zu vermeiden.

64) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 198. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 241. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 364. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 31. Schmidhäuser, Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, 138 f. Stratenwerth, AT, N. 342. Schönke/Schröder, N. 144 zu § 15 mit weiteren Nachweisen.

65) Vgl. oben, 1.

66) Ähnlich Frisch, Fahrlässigkeitsdelikt, 105 ff. Roeder, Sozialadäquates Risiko, 32 f. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 160.

Dabei ist zu beachten, dass das Interesse an der zwangsweisen Durchsetzung staatlicher Entscheide nicht eine fixe Grösse ist, sondern vom Inhalt des betreffenden Aktes abhängt. So ist das Interesse an der Verhaftung eines Mörders grösser als dasjenige an der Festnahme eines Zechprellers, die Beseitigung von Gefahren für das Leben von Geiseln wichtiger als die Verhinderung der Zerstörung einer Sache.

Wo überhaupt kein öffentliches Interesse an der Durchführung der Zwangsvollstreckung besteht, kann die Gefährdung der Rechtsgüter des Zwangsunterworfenen mangels eines jene überwiegenden, entgegenstehenden Interesses, d.h. mangels eines Handlungswertes nicht rechtmässig sein und stellt daher immer die Verletzung einer Sorgfaltspflicht dar (67).

2. DAS INTERESSE AM SCHUTZ DER PERSOENLICHEN GUETER DES ZWANGSUNTERWORFENEN

Durch die Anwendung unmittelbaren Zwanges werden insbesondere die Rechtsgüter Leib und Leben sowie Freiheit und Vermögen der Gefahr von ungewollten Beeinträchtigungen ausgesetzt. Der hohe Wert, der jenen Rechtsgütern beigemessen wird, kommt darin zum Ausdruck, dass sie zu jenen elementaren Gütern gehören, welche das im öffentlichen Interesse stehende Strafrecht zu schützen berufen ist (68).

67) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 210. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 241. Vgl. auch unten, 173 f.

68) Rehberg, Erlaubtes Risiko, 52, 192.

IV Vornahme der Interessenabwägung

1. BERUECKSICHTIGUNG GENERELL ABSTRAKTER NORMEN ALS AUSDRUCK VON WERTUNGEN DES GESETZGEBERS

1.1. Allgemeines

Grundsätzlich ist bei der im Rahmen der Abklärung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens vorzunehmenden Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die Rechtsordnung als Ganzes zu berücksichtigen (69). Da die Abklärungen betreffend die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens beim Fahrlässigkeitsdelikt im gleichen Ausmasse vorgenommen werden wie beim Vorsatzdelikt durch Prüfung der Tatbestandsmässigkeit und des Vorliegens eventueller Rechtfertigungsgründe zusammen (70), können für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten unvorsätzlichen Verhaltens unter anderem die für die Prüfung der Rechtfertigung vorsätzlicher Tätigkeit entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Insbesondere sind alle gesetzlichen und aussergesetzlichen Normen, welche für bestimmte Bereiche menschlichen Verhaltens generelle Regeln zur Verhütung von Rechtsgüterbeeinträchtigungen enthalten zu beachten (71), da sie bereits als Resultat einer Interessenabwägung anzusehen sind. Umgekehrt bedeutet aber die Tatsache, dass keine solchen Verhaltenspflichten verletzt worden sind, keineswegs, dass der Täter

69) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 66. Logoz, Kommentar, N. 1 zu Art. 32. Noll, Rechtfertigungsgründe, 165. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 190. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 366 f. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 137. Schwander, Strafgesetzbuch, 81. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 45. Jeschek, Lehrbuch, 262. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 27 Vorbem. zu § 51. Lenckner, Notstand, 126 ff., 159 f. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 365. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 269, 296 ff. Schöne/Schröder, N. 27 Vorbem. zu §§ 32 ff. Welzel, Strafrecht, 51. BGE 94 IV 7 ff.

70) Vgl. oben, 47.

71) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 89. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 218 ff. Derselbe, Fahrlässigkeitsdelikt, 243 f. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 171. Bockelmann, Strafrecht, AT, 160 f. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 45 ff. Jeschek, Lehrbuch, 471. Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, 490 ff. Schöne/Schröder, N. 143 zu § 15. Welzel, Strafrecht, 133. BGE 104 IV 50, 99 IV 65.

sorgfaltspflichtgemäss gehandelt hat (72), wie auch nicht jede Verletzung einer derartigen Verhaltenspflicht zwingend eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit im Sinne der Fahrlässigkeitsdelikte darstellt (73).

Prinzipiell lässt sich der Rechtsordnung entnehmen, dass ein bestimmtes Verhalten dann nicht rechtswidrig sein kann, wenn es in angemessener Weise überwiegende Interessen schützt (74), wobei die Interessen der Allgemeinheit an der Wahrung des Rechtsfriedens als selbständiger Rechtswert zu berücksichtigen sind (75).

1.2. Aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu berücksichtigende Gesichtspunkte

Der Umfang der Pflichten und Rechte des Beamten ist im Staats- und Verwaltungsrecht geregelt. Insbesondere geben die Normen jener Rechtsgebiete sowohl darüber Auskunft, unter welchen Voraussetzungen der mittels unmittelbaren Zwanges durchzusetzende Hoheitsakt und die zu dessen Vollzug erforderliche Festsetzungsverfügung verbindlich und vollstreckbar sowie formell richtig sind, als auch wer zur Anordnung des Vollzugs zuständig ist (76).

Dabei darf nicht ausser acht gelassen werden, dass diese Regelungen ihrerseits oftmals das Resultat von Interessenabwägungen sind, indem beispielsweise im Interesse der Rechtssicherheit und der raschen Durchsetzung des Rechts in Kauf genommen wird, dass rechtswidrige Akte grundsätzlich voll-

72) Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 190 mit Nachweisen. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 222. Walder, Fahrlässigkeitsdelikte, 172. Bockelmann, Strafrecht, AT, 161. Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 52 f. Jeschek, Lehrbuch, 471. Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, 496 ff. Mezger/Blei, Strafrecht I, 268. Wimmer, Verkehrsrichtige Gefährhandlung, 436.

73) Vgl. oben, 85 f., mit Nachweisen in Anm. 10.

74) Hauser/Rehberg, Strafrecht I, 65. Noll, Rechtfertigungsgründe, 184. Derselbe, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 48. Rutz, Der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 366. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 136 f. Jeschek, Lehrbuch, 261. Lenckner, Notstand, 123 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 398. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 281 ff. Schöнке/Schröder, N. 73 und 100 ff. Vorbem. zu §§ 32 ff. Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, 66. Derselbe, AT, N. 342.

75) Vgl. oben, 16.

76) Vgl. oben, 19 ff.

streckt werden, sofern sie nur nicht nichtig sind (77).

In den Gesetzen über die Zwangsanwendung wird ferner der Einsatz der verschiedenen Zwangsarten, insbesondere der Schusswaffen, geregelt. Soweit solche öffentlichrechtlichen Pflichten kantonrechtlicher Herkunft sind, sind sie hinsichtlich ihrer Geltung auf Uebereinstimmung mit den Amtspflichten gemäss Art. 32 StGB unter dem Gesichtspunkt der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts sowie der EMRK zu prüfen (78). Gleiches gilt insbesondere auch bezüglich der Bestimmungen der Bundesverfassung, da polizeiliches Handeln als rechtsstaatliche Tätigkeit den Leitgrundsätzen der Verfassung untersteht (79), wobei vor allem das Recht auf Leben sowie sonstige physische und psychische Integrität umfassende Grundrecht der persönlichen Freiheit (80), der Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV (81) sowie der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit (82) zu berücksichtigen sind.

Schliesslich ist zu beachten, dass diejenigen öffentlichrechtlichen Normen, welche die Anwendung unmittelbaren Zwanges in der Form von Verwaltungsverordnungen (Dienstreglementen) an Stelle eines Gesetzes regeln (83), unter dem

77) Vgl. oben, 20 ff.

78) Aehnlich Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 54. Häfliger, Die gebotene Tat, 34. Hug, Schusswaffengebrauch, 42 ff. Betreffend den dabei anzuwendenden Massstab vgl. die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 335 StGB.

Zur Bedeutung der EMRK für den Umfang der Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB vgl. hinten, 265 f.

79) Saladin, Grundrechte, 346.

80) Aubert, Droit constitutionnel, Bd. 2, N. 2210 ff. mit Nachweisen. Mül-ler, Recht auf Leben, 457 ff. Saladin, Grundrechte, 90 ff. mit Nachweisen. BGE 104 Ia 39 f., 101 Ia 49 f., 98 Ia 508 ff.

81) Aubert, Droit constitutionnel, Bd. 2, N. 1778 ff. Fleiner/Giacometti, 401 ff. Grisel, Droit administratif, 174 ff. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 69 ff. Schwarzenbach, Verwaltungsrecht, 82 f. BGE 100 Ia 328.

82) Aubert, Droit constitutionnel, Bd. 2, N. 1765 ff. Grisel, Droit administratif, 183 ff. Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 34. Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 19 ff. Kritisch Huber, Verhältnismässigkeit, 17 ff. BGE 104 Ib 426, 99 Ia 373 f., 96 I 242 Erw. 5, 91 I 487.

83) Gesetze, welche den Schusswaffengebrauch regeln, existieren nur in den Kantonen Tessin (Legge sulla polizia cantonale del 22 gennaio 1963), Waadt (Loi du 17 novembre 1975 sur la police cantonale), Wallis (Gesetz über die Kantonspolizei vom 20. Januar 1953) und Jura (Loi sur la police cantonale du 26 octobre 1978). In Vorbereitung sind gegenwärtig formelle Polizeigesetze in den Kantonen Zürich, St. Gallen und Thurgau.

Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips grundsätzlich als ungültig zu betrachten sind (84), da zumindest der Schusswaffengebrauch und eventuell auch der Einsatz von Reizstoffen als schwere Eingriffe in Freiheit und Eigentum wenigstens in den Grundsätzen (85) einer "klaren gesetzlichen Grundlage" bedürfen (86).

1.3. Berücksichtigung der im Strafrecht enthaltenen Wertungen insbesondere

Da der Begriff der "Amtspflichten" im Sinne von Art. 32 StGB strafrechtlicher Natur ist, sind zu dessen Auslegung insbesondere auch Gesichtspunkte des Strafrechts heranzuziehen (87). Dabei kommt der vom Gesetzgeber für die Bewertung menschlichen Verhaltens bzw. die Veränderung von Zuständen verwendete Massstab deutlich in der unterschiedlichen Wertung der in den verschiedenen Straftatbeständen geschützten Rechtsgüter durch die abgestufte Schwere der angedrohten Sanktionen zum Ausdruck, indem das durch ein bestimmtes Verhalten bewirkte Unrecht je nach betroffenem Rechtsgut oder besonderen Verhaltensmodalitäten verschieden schwer gewichtet wird (88), wenn auch zuzugestehen ist, dass der Unrechtsgehalt, von dem der Gesetzgeber ausgeht, von weiteren Faktoren abhängen kann (89).

84) Hug, Schusswaffengebrauch, 49 f. Müller, Der Verwaltungszwang, 28. Noll, Rechtfertigungsgründe, 182, bezeichnet diesen Zustand als "unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht unbedenklich". Ähnlich Schultz, Rechtsprechung, 385 f. BGE 94 IV 7.

85) BGE 103 Ia 171 f.

86) Saladin, Grundrechte, 104. BGE 104 Ia 486 f., 102 Ia 304 f. 90 I 39 f. ("une base légale claire").

Im deutschen Recht schreibt Art. 104 GG sogar vor, dass es für Eingriffe in die persönliche Freiheit immer eines Gesetzes im formellen Sinne bedürfe. Vgl. zum polizeilichen Schusswaffengebrauch v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bem. V ff. zu Art. 2 GG. Vgl. auch oben, 12.

87) Häfliger, Die gebotene Tat, 31. Hug, Schusswaffengebrauch, 42 ff. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 54. Vgl. auch BGE 94 IV 8.

88) Germann, Auslegung und freie Rechtsfindung, 161. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 96. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 45. Derselbe, Rechtfertigungsgründe, 169. Derselbe, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 13. Schröder, Die Not, 8 f. Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, 262 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 401. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 228.

89) Lenckner, Notstand, 157.

Zudem sind zwischen den Tatbeständen "Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte" (Art. 285 StGB) sowie "Hinderung einer Amtshandlung" (Art. 286 StGB) und dem Notwehrtatbestand Querverbindungen zur Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund von Art. 32 StGB zu ziehen (90). Wer sich der Handlung eines Beamten widersetzt, die ausserhalb seiner Amtspflichten liegt, ist nach Art. 285 und 286 StGB nicht strafbar. Die Widersetzlichkeit ist aber auch gestützt auf Art. 33 StGB gerechtfertigt, weil der ausserhalb seiner Amtsbefugnisse handelnde Beamte den Bürger in eine Notwehrlage versetzt, da sein Eingriff in die Rechtsgüter des letzteren rechtswidrig ist.

2. DURCHFUEHRUNG DER INTERESSENABWAEGUNG

2.1. Der Vergleich der gegeneinander abzuwägenden Interessen

Wenn man von der Richtigkeit der Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ex ante ausgeht, wird man nicht die Verletzung eines Rechtsgutes gegen die Verletzung eines anderen, sondern die Gefährdung von Rechtsgütern gegeneinander abzuwägen haben (91).

So wird im Rahmen der Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei der Anwendung unmittelbarer Gewalt die unerwünschte, möglicherweise über den in der Festsetzungsverfügung bestimmten Erfolg hinausgehende Rechtsgüterbeeinträchtigung nicht als Verletzung, sondern als Gefährdung jener Rechtsgüter in die Abwägung einzubeziehen sein (92). Streng genommen gibt es also nur die Verhaltenswerte "Gefährdung" und "wahrscheinliche Erhaltung". Danach ist die Anwendung unmittelbaren Zwanges trotz der ihr immanenten Gefährlichkeit grundsätzlich dann rechtmässig, wenn die Vollstreckungshandlung geeignet ist, den gebotenen tatbestandsmässigen Erfolg zu erzielen und die Gefahr weitergehender Rechtsgüterverletzungen weniger schwer zu gewichten ist als das Interesse an der wahrscheinlichen Durchsetzung des Entscheides.

90) Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 102. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 2, N. 5 zu Art. 285.

91) Noll, Rechtfertigungsgründe, 173. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 281 ff.

92) Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, 38. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 283. Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, 11.

Darin zeigt sich deutlich, dass es falsch wäre, die Rechtswidrigkeit vom Standpunkt ex post aus zu beurteilen, da dann entschieden würde, ob das geringerwertige Interesse zugunsten des höherwertigen verletzt worden ist. Wird nämlich ein geringerwertiges Interesse gefährdet, um das richtigerweise als höherwertig anerkannte Interesse an der Durchsetzung eines bestimmten Entscheides zu wahren, und ist das dazu gewählte Verhalten mit ausreichender Wahrscheinlichkeit geeignet, keine unerwünschten Nebenfolgen zu bewirken, realisiert sich aber das relativ unwahrscheinliche Risiko in der Gestalt des tatbestandsmässigen Erfolges, so müsste vom Standpunkt ex post aus gesehen das Verhalten als rechtswidrig betrachtet werden, da nun das geringerwertige Interesse in der Gestalt der unerheblichen Gefährdung durch die Realisierung der Gefahr im Verhältnis zum Interesse an der Durchsetzung des Entscheides an Gewicht überwiegt. Das Urteil über die Rechtswidrigkeit würde mit anderen Worten davon abhängen, ob sich das Risiko ausnahmsweise verwirklicht (93).

Die vom Vollzugsbeamten zu beachtende Sorgfaltspflicht würde lauten, er habe die Vollzugshandlung vorzunehmen, wenn sie gelinge, nicht jedoch dann, wenn sie einen überschüssenden Erfolg bewirke. Ihm könnte nur geraten werden, keinen unmittelbaren Zwang anzuwenden, da es vom Zufall abhängt, ob das Recht sein Verhalten positiv oder negativ bewerte. Dass diese Betrachtungsweise ex post unrichtig ist, kann daraus ersehen werden, dass man niemanden zu einem Verhalten verpflichten kann, von dem zur Tatzeit nicht gesagt werden kann, ob es rechtmässig oder rechtswidrig sein wird (94). Das unbefriedigende Resultat entfällt dann, wenn die Prüfung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens nicht ex post, sondern in Anwendung des Grundsatzes von der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen ex ante beurteilt wird. Danach ist das Verhalten des Täters immer dann rechtmässig, wenn es geeignet ist, durch die Verwirklichung des in der Festsetzungsverfügung gebotenen Erfolges den staatlichen Entscheid durchzusetzen und das gewollte Verhalten mit einem so hohen Wahrscheinlichkeitsgrad keine weitergehenden Rechtsgüterbeeinträchtigungen zur Folge haben wird, dass das der wahrscheinlichen

93) In diesem Sinne aber ausdrücklich Roeder, Sozialadäquates Risiko, 87 f.

94) Ähnlich Münzberg, Verhalten und Erfolg, 284. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 186, 239 f.

Durchsetzung des staatlichen Entscheides zukommende Interesse schwerer zu gewichten ist als jenes am Ausbleiben der unwahrscheinlichen Gefährdung. Das Resultat dieser Wertbilanz entscheidet grundsätzlich über Wert oder Unwert der Gesamthandlung.

Augenfällig wird die Richtigkeit dieser Ausführungen wiederum am Beispiel des ärztlichen Heileingriffes, weil dort ausnahmsweise die Beurteilung menschlichen Verhaltens - wenigstens dem Grundsatz nach - vom Standpunkt ex ante erfolgen und aus standesmäßigen Ueberlegungen keiner Rechtfertigung bedürfen soll. Ohne die entsprechende theoretische Fundierung wird von der herrschenden Lehre angenommen, der ärztliche Heileingriff erfülle den Tatbestand der Körperverletzung nicht (95).

Problematisch wird die konsequente Durchführung der These und der gleichzeitigen ex-post-Betrachtung, wenn die ärztliche Operation misslingt, was am Beispiel einer Abhandlung von Häfliger gezeigt werden soll (96). Danach ist richtigerweise anzunehmen, "dass der ärztliche Eingriff in diesem Fall den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, denn objektiv liegt darin eine Schädigung an Körper oder Gesundheit. Obschon die Tat die Heilung bezweckt, also ein Heileingriff gewollt ist, wird ein bestehender Körperschaden nicht beseitigt, sondern ein anderer zugefügt" (97). Trotzdem ist aber "die Handlung ohne weiteres als rechtmässig zu betrachten, wenn der Arzt die nach Regeln der ärztlichen Kunst gebotene Operation mit pflichtgemässer Sorgfalt ausgeführt hat" (98).

Diese Argumentation zeigt sehr schön den Wechsel des Betrachters vom Ex-ante- zum Ex-post-Standpunkt und wieder zurück. Zunächst wird die erfolgreich verlaufende Operation ex ante als Heileingriff betrachtet, was zur Folge hat, dass sie nicht gerechtfertigt werden muss, wobei das Resultat auch aus nachträglicher Sicht stimmt, indem der Körperschaden durch das Wegschneiden des Abzesses behoben ist (99). Bei der misslungenen Operation hat der Arzt zwar ex ante auch die Heilung bezweckt, jedoch ist vom Standpunkt

95) Vgl. oben, 48.

96) Häfliger, Die gebotene Tat, 39 f.

97) Häfliger, a.a.O., 39.

98) Häfliger, a.a.O., 40.

99) Häfliger, a.a.O., 39.

ex post aus gesehen durch die Schädigung des Körpers oder der Gesundheit der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Obschon nun aber der Tatbestand gegeben ist, kann das ärztliche Verhalten mangels eines Erfolgswertes nicht gerechtfertigt werden, weshalb es wiederum vom Standpunkt ex ante aus "ohne weiteres" als rechtmässig betrachtet wird, wenn keine Sorgfaltspflichten verletzt worden sind. Dabei wird durch die "Ohne-weiteres-Argumentation" die Frage offengelassen, wie ein tatbestandsmässiges Verhalten durch den Ausschluss von Sorgfaltspflichtverletzungen gerechtfertigt werden kann, bzw. wie ein Verhalten ohne Verletzung von Sorgfaltspflichten tatbestandsmässig werden kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ex ante zu bestimmen ist, ergibt sich, dass die wahrscheinliche Gefährdung der körperlichen Integrität gegen deren wahrscheinliche Erhaltung bzw. die wahrscheinliche Verbesserung der körperlichen Gesundheit abgewogen werden muss, ferner, dass diejenige Operationsart zu erfolgen hat, die unerwünschte Körperverletzungen am ehesten vermeidet, und dass schliesslich die Grenzen der ärztlichen Kunst im Rahmen der Statuierung der den Umständen und persönlichen Verhältnissen angepassten Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen sind. Der operierende Arzt handelt immer dann rechtmässig, wenn er die so bestimmten Sorgfaltspflichten nicht verletzt, gleichgültig, ob die Operation erfolgreich verläuft oder aber misslingt.

2.2. Einschränkung der Interessen des Zwangsunterworfenen nur im Rahmen des Notwendigen

Geht man vom Prinzip des überwiegenden Interesses aus, so dürfte beispielsweise der Polizeibeamte zur Durchsetzung der Verhaftung eines auf einer weiten Ebene zu Fuss fliehenden Mörders zur Schusswaffe greifen und jenen fluchtunfähig schiessen, selbst wenn er über ein Grossaufgebot an Polizeibeamten und Hunden sowie über Fahrzeuge und Helikopter verfügen würde. Daraus wird ersichtlich, dass nicht nur der Wert der sich gegenüberstehenden Interessen für die Statuierung der Rechtspflichten massgebend sein kann, sondern dass die Einschränkung des strafrechtlich gewährten Rechtsgüter-

schutzes nur im Rahmen des Notwendigen erlaubt sein kann (100). Die vom Standpunkt ex ante zu erwartende Rechtsgüterbeeinträchtigung beim Zwangsunterworfenen muss daher im Hinblick auf den verfolgten Zweck nicht nur verhältnismässig, sondern darüber hinaus von allen möglichen Verhaltensweisen am wenigsten intensiv sein. Es sind alle in der konkreten Situation möglichen und im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, mit dem Ziele, eine möglichst geringe Gefährdung von Rechtsgütern zu bewirken. Die Rechtsordnung begnügt sich mit anderen Worten nicht mit der wahrscheinlichen Erhaltung des höheren von zwei sich gegenüberstehenden Werten, sondern ihr geht es um die Erzielung des in der konkreten Situation wahrscheinlich erreichbaren Wertoptimums.

E) ZUSAMMENFASSUNG

Besteht der Unrechtsgehalt des fahrlässigen Delikts neben dem Erfolgseintritt in einer pflichtwidrigen Verhaltensweise, so ist danach zu fragen, wie jene Sorgfaltspflichten, zu deren Beachtung der Täter verpflichtet ist, bestimmt werden.

Wohl sind verschiedene Pflichten gesetzlich festgehalten, jedoch sind sie als solche typisiert und nicht, wie Art. 18 Abs. 3 StGB verlangt, den persönlichen Verhältnissen des Täters sowie den Umständen angepasst. Sehr oft fehlen sogar solche generellen Vorschriften, so dass das Auffinden von der Situation angepassten Sorgfaltspflichten, unter dem Gesichtspunkt des "neminem laedere", gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung erfolgen muss.

Soweit im Rahmen der Anwendung hoheitlichen, unmittelbaren Zwanges öffentlichrechtliche Pflichten bestehen, sind sie auf Uebereinstimmung mit den Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB zu prüfen. Gleich wie die ausser-

100) Früh, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, 65 f. Futterlieb, Personendurchsuchung, 128. Noll, Strafrecht I, 43. Derselbe, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 49. Rehberg, Erlaubtes Risiko, 201. Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 137. Schwander, Strafgesetzbuch, 80. Jeschek, Lehrbuch, 261. Kaufmann, Normentheorie, 253. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 403. Stratenwerth, AT, N. 342. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 226 f.

strafrechtlichen, gesetzlichen Rechtspflichten müssen auch die aus der Erfahrung für bestimmte Tätigkeitsgebiete abgeleiteten Regeln auf ihre Strafrechtskonformität hin untersucht werden. Hinsichtlich der Methode zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten ergibt sich zunächst aus der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen der Grundsatz, dass das Können des Normadressaten in sorgfaltspflichtinhaltbegrenzender Weise zu berücksichtigen ist, indem Imperative nur insoweit sinnvoll sind, als deren Erfüllung überhaupt möglich erscheint. In diesem Sinne ist das von der Rechtsordnung vom Vollzugsbeamten erwartete Können nicht nur bezüglich der Erkennbarkeit des Sachverhaltes und der Berechnung des Kausalverlaufes, sondern auch hinsichtlich der Fähigkeit, die als richtig erkannte Verhaltensweise durchzuführen, bei der Aufstellung der Sorgfaltspflicht zu berücksichtigen. Als Vergleichsperson wird dabei nicht auf den konkret handelnden Beamten, sondern auf einen durchschnittlichen Polizeibeamten abgestellt, wobei ein allfälliges Sonderwissen des jeweiligen Täters zu berücksichtigen ist.

Ergibt sich so eine Begrenzung der überhaupt möglichen Sorgfaltspflichtinhalte von der Person des Normadressaten her, so folgt aus der Sache, dass grundsätzlich alle diejenigen Verhaltensweisen normwidrig sind, die geeignet erscheinen, tatbestandsmässige Erfolge herbeizuführen. Steht damit fest, wie die Rechtsgüter Dritter unter Berücksichtigung der Fähigkeiten des Normadressaten in optimaler Weise geschützt werden können, so muss danach gefragt werden, ob sie diesen Schutz in der konkreten Situation auch tatsächlich verdienen. Die Beantwortung dieser Frage führt zur positiven Festlegung des Sorgfaltspflichtinhaltes.

Wenn der Gesetzgeber zur Durchsetzung des Rechts unter bestimmten Umständen die Anwendung unmittelbaren Zwanges vorsieht, nimmt er in Kauf, dass beim Zwangsunterworfenen über die beabsichtigte Wirkung hinausgehende tatbestandsmässige Erfolge eintreten, da jene Zwangsanwendung als für die Rechtsgüter Leib und Leben gefährlich zu betrachten ist.

Um feststellen zu können, ob die Anwendung unmittelbaren Zwanges im konkreten Fall zulässig und geboten ist, muss zunächst die durch die vorgesehene Zwangshandlung bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Zwangsunterworfenen bestimmt werden. Sodann ist das in der mehr oder weniger intensiven Gefähr-

dung der Rechtsgüter des Pflichtigen zum Ausdruck kommende Interesse am Ausbleiben der Zwangshandlung gegen jenes an deren Durchsetzung abzuwägen, wobei nur dann zur Vollstreckung geschritten werden darf und muss, wenn das zweite schwerer zu gewichten ist als das erste. Dabei muss berücksichtigt werden, dass nicht nur das Gewicht der erwähnten Interessen über die Rechtmässigkeit der Vollstreckungshandlung entscheidet, sondern dass die Interessen des Zwangsunterworfenen nur im Rahmen des absolut Notwendigen beeinträchtigt werden dürfen, weshalb in jedem Fall das in der konkreten Situation erreichbare Wertoptimum anzustreben ist.

§ 3 BEI DER ANWENDUNG UNMITTELBAREN ZWANGES KONKRET ZU BEACHTENDE SORGFALTPFLICHTEN

A) SORGFALTPFLICHTEN BEI DER PRUEFUNG DER ZU VOLLSTRECKENDEN HOHEITSAKTE

I Darstellung der Problematik bei der unmittelbaren und mittelbaren Gesetzesvollziehung und Folgerungen für das weitere Vorgehen

Der erfahrungsgemäss häufigste Fall bei der Zwangsvollstreckung durch Polizeibeamte ist der, dass der durchzusetzende Entscheid von einer Gerichts- oder einer dem Vollzugsbeamten vorgesetzten Verwaltungsbehörde erlassen wird, während jener in eigener Kompetenz die Festsetzungsverfügung erlassen muss. Es kommt jedoch auch vor, dass der Polizeibeamte einen Sachentscheid zu treffen hat, was beispielsweise bei der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Massnahme regelmässig zutrifft (1). Dabei ist zu beachten, dass es bei Sachentscheiden im Kompetenzbereich der Polizeibehörden oftmals vom Zufall abhängt, ob der selbständig entscheidende Beamte oder aber sein Untergebener die getroffene Verfügung vollstreckt.

Seltener ist der Fall, in dem sowohl Sachentscheid als auch Festsetzungsverfügung angeordnet werden, so dass sich die Tätigkeit des Beamten in der mechanischen Anwendung von Zwang, d.h. in Taktaten erschöpft; als Beispiel wäre etwa die polizeiliche Aktion zu nennen, bei der der kantonale Krisenstab einen oder mehrere Schützen beauftragt, mit einer bestimmten Waffe und Munition auf einen Geiselnnehmer zu schiessen, um die gefährdeten Geiseln zu befreien. In ihrer ganzen Schärfe zeigt sich die Problematik dieser Art von Zwangsvollstreckung beim geschlossenen Einsatz von Polizeibeamten (2), wie er etwa bei der Auflösung von unbewilligten Demonstrationen regelmässig durchgeführt wird, indem sich der Beamte in einem solchen Falle ohne Kenntnis der genauen Hintergründe auf die Rechtmässigkeit der vom polizeilichen Einsatzleiter angeordneten Massnahmen verlassen muss.

1) Vgl. oben, 6 f.

2) Eine spezielle Regelung für diesen Fall kennt das österreichische Recht in §§ 11 ff. WGG.

Grundsätzlich gehen jeder Vollstreckungshandlung drei Hoheitsakte voraus (3), die im Falle ihrer Verbindlichkeit einen Anspruch auf Befolgung auslösen, d.h. den Charakter einer Anordnung haben: Zunächst wird ein bestimmter Sachentscheid in der Form eines Urteils oder eines Verwaltungsaktes gefällt, sodann in der Festsetzungsverfügung der bei der Vollstreckung anzuwendende, unmittelbare Zwang festgesetzt und schliesslich die Weisung erlassen, jene Entscheide in die Tat umzusetzen (4). Letztere wird grundsätzlich erst dann aktuell, wenn sowohl Sachentscheid als auch Festsetzungsverfügung von einer weisungsberechtigten Stelle erlassen werden und jene den Vollzugsbeamten mit deren Vollstreckung beauftragt; sie ist jedoch unabdingbare Voraussetzung jeder Vollstreckungshandlung, da erst sie die Zwangsanwendung in der Realwelt auslöst.

Jeder dieser drei Hoheitsakte kann vom vollziehenden Beamten oder aber einer berechtigten Stelle erlassen werden und ist im Prinzip gemäss öffentlich-rechtlichen Regeln nur zu vollstrecken, wenn er als verbindlich zu betrachten ist. Somit ist eine Vollstreckungshandlung nach der hier im folgenden zu vertretenden Ansicht grundsätzlich immer dann unrechtmässig, wenn einer dieser drei Akte unverbindlich ist, was umgekehrt die Richtigkeit des Satzes bestätigt, wonach ein Befehl einen unverbindlichen Hoheitsakt nicht rechtmässig machen könne (5).

Obschon in der Lehre (6) bei der Behandlung des Problemkreises der Rechtmässigkeit einer Amtshandlung oftmals zwischen Handeln auf Befehl bzw. Anordnung und selbständiger Gesetzesanwendung unterschieden wird, erscheint diese Zweiteilung im erwähnten Zusammenhang unnötig.

Wohl ist grundsätzlich zwischen dem Verhältnis des Bürgers zur Vollstreckungsbehörde, als deren Organwalter der Vollstreckungsbeamte nach aussen auftritt, und dem dienstrechtlichen Verhältnis zu unterscheiden. Weisungen

3) Vgl. oben, 19 ff.

4) Die Anordnung der Zwangsvollstreckung begründet zwar keine Rechte und Pflichten des Zwangsunterworfenen und ist deshalb kein anfechtbarer Verwaltungsakt, jedoch ist auch sie nur verbindlich, wenn sie nicht als offensichtlich rechtswidrig zu qualifizieren ist (vgl. Stratenwerth, Verantwortung, 18 f., 149 f.).

5) Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 161. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 426. Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1847.

6) Vgl. unten, 138 ff.

eines Vorgesetzten an seinen Untergebenen haben keine unmittelbare Wirkung gegenüber dem Bürger. Daher berühren derartige Weisungen an den Vollstreckungsbeamten grundsätzlich die Verbindlichkeit der der Vollstreckungshandlung zugrundeliegenden Entscheide nicht (7). Die Verbindlichkeit der für die Anwendung unmittelbaren Zwanges massgebenden Hoheitsakte wird unabhängig von der hierarchischen Stellung der Schöpfer jener Entscheide bestimmt. Es ist jedoch zu beachten, dass die Vollstreckungshandlung immer dann rechtswidrig ist, wenn der Beamte aufgrund einer unverbindlichen Anordnung tätig wird, da auch der betroffene Bürger ein Anrecht darauf hat, dass derartige Akte nicht befolgt werden. Dass diese Auffassung richtig ist, zeigt die Gegenüberstellung des Rechtfertigungsgrundes der Erfüllung einer Amtspflicht gemäss Art. 32 StGB mit den Straftatbeständen der Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen im Sinne von Art. 285 f. StGB. Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung ist nicht nur Bedingung für die Rechtfertigung von Eingriffen in Individualrechtsgüter des Zwangsunterworfenen, sondern zugleich auch Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte. Umgekehrt bedeutet die Rechtswidrigkeit der Amtsausübung, dass das hoheitliche Verhalten nicht gerechtfertigt werden kann und zugleich, dass der Widerstand gegen den Beamten erlaubt ist; somit stehen die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Bürgers und des Beamten im erwähnten Zusammenhang grundsätzlich in einem "reziproken Verhältnis" zueinander (8), dessen zentraler Punkt der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtshandlung bildet. Da es bei Amtshandlungen immer um hoheitliche Tätigkeit geht und die letztere im öffentlichen Recht geregelt ist, müssen für die Frage der Rechtmässigkeit grundsätzlich öffentlichrechtliche Vorschriften beigezogen werden, weil sich der Beamte in erster Linie an jene zu halten hat. Danach sind staatliche Hoheitsakte prinzipiell zu vollstrecken, wenn sie verbindlich sind, was nur ausnahmsweise dann nicht der Fall ist, wenn sie als so krass fehlerhaft

7) Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1847.

8) Sinngemäss: Hafter, BT, 714. Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 103. Schneider, Widerstandsrecht, 85 f. Dreher, Strafrechtsreformgesetz, 1159. v.Bubnoff, Leipziger Kommentar, N. 23 zu § 113. Schönke/Schröder, N. 36 zu § 113. Nicht ganz klar Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 2, N. 5 zu Art. 285. Jeschek, Lehrbuch, 318. Ausdrücklich anderer Meinung Wagner, Amtsverbrechen, 334 f.

qualifiziert werden müssen, dass ihre Rechtmässigkeit nicht mehr vermutet werden kann (9).

Wohl wird richtigerweise betont, für die Feststellung der Rechtmässigkeit einer Amtshandlung müsse ein strafrechtlicher Rechtmässigkeitsbegriff massgebend sein (10), jedoch ist davon auszugehen, dass die Einteilung des öffentlichen Rechts in rechtmässige und rechtswidrige verbindliche einerseits und offensichtlich rechtswidrige unverbindliche Hoheitsakte andererseits zumindest dem Grundsatz nach auch für das Strafrecht massgebend ist, was unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung einleuchtend erscheint. Der Sinn des strafrechtlichen Rechtmässigkeitsbegriffs liegt nicht in der Konstruktion eines zweiten, vom Staats- und Verwaltungsrecht unabhängigen Amtspflichtenrechts, sondern darin, dass die öffentlichrechtlichen Amtspflichten bei der Statuierung von Strafrechtsnormen bzw. Sorgfaltsanforderungen nicht unbesehen, sondern unter Berücksichtigung strafrechtlicher Grundsätze, wie etwa der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen oder besonderer strafrechtsspezifischer Wertabwägungen übernommen werden (11).

Daraus kann vorläufig geschlossen werden, dass auch die strafrechtlichen Amtspflichten grundsätzlich den Inhalt haben, verbindliche Hoheitsakte durchzusetzen und unverbindliche Entscheide nicht zu vollstrecken, da jenen keinerlei Wirkung zukommt. Diese Aussage genügt bereits, um für die weitere Untersuchung von der im folgenden noch näher zu belegenden These auszugehen, dass es für die Rechtmässigkeit einer Amtshandlung grundsätzlich nicht darauf ankommen kann, ob sich der Vollstreckungsbeamte auf hoheitlichen Vollzug

9) Vgl. oben, 20 ff.

10) Häfliger, Die gebotene Tat, 31. Dreher, Strafrechtsreformgesetz, 1158. Krey, Strafrecht, BT, 88. Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1847. Schöнке/Schröder, N. 21 zu § 113. A.M. Wagner, Amtsverbrechen, 329 ff.

11) Die Richtigkeit dieser Auffassung scheint auch die Entstehungsgeschichte von Art. 32 StGB zu belegen, indem verschiedentlich eingewendet wurde, die Vorschrift sage Selbstverständliches, soweit sie die durch Gesetz gebotene Tat als rechtmässig bezeichne, da auch ohne diesbezügliche Vorschrift kein Richter daran denken würde, ein Verhalten zu bestrafen, welches ein anderes Gesetz gebietet. Vgl. Stoos, Der gesetzliche Tatbestand, 309 ff. Häfliger, Die gebotene Tat, 29. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 159, 167. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 1, N. 2 zu Art. 32.

einer Weisung stützt oder aufgrund selbständiger Gesetzesvollziehung handelt, da, wie erwähnt, ein Befehl einen unverbindlichen Entscheid nicht verbindlich machen kann (12).

Eine andere Frage ist die nach der Feststellbarkeit der Verbindlichkeit respektive Unverbindlichkeit eines staatlichen Entscheides, indem hier insbesondere entsprechend dem Grundsatz der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen strafrechtliche Gesichtspunkte eine wesentliche Rolle spielen.

II Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Verbindlichkeit des durchzusetzenden Entscheides

Nach staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen dürfen und müssen Hoheitsakte dann nicht zwangsweise durchgesetzt werden, wenn sie nichtig sind. Entsprechend den vorstehend gemachten Ausführungen vermögen jedoch derartige öffentlichrechtliche Rechtspflichten nur dann zum Inhalt strafrechtlicher Pflichten zu werden, wenn ihre unveränderte Uebertragung ins Strafrecht keinen strafrechtlichen Grundsätzen zuwiderläuft. Im Bereich der Statuierung von strafrechtlichen Sorgfaltspflichten im Sinne von Art. 18 Abs. 3 StGB hinsichtlich des öffentlichrechtlichen Verbots der Vollstreckung unverbindlicher Entscheide muss jenes auf Uebereinstimmung mit den für die Bestimmung von Sorgfaltspflichten im allgemeinen aufgestellten Grundsätzen überprüft werden. Nur wenn jene gegeben ist, ist die öffentlichrechtliche Pflicht, nichtige Hoheitsakte nicht zu vollstrecken, zugleich Amtspflicht im Sinne von Art. 32 StGB.

12) Vgl. oben, 133 f.

1. DIE VOLLSTRECKUNG RECHTMAESSIGER SOWIE RECHTSWIDRIGER, NICHT ABER NICHTIGER ENTSCHEIDE

Unbestritten ist, dass derjenige Beamte, der einen rechtmässigen Entscheid vollstreckt, grundsätzlich innerhalb seiner Amtsbefugnisse handelt (13). Aus den vorstehend gemachten Ausführungen geht sodann hervor, dass er verpflichtet ist, verbindliche Entscheide auch dann durchzusetzen, wenn sie rechtswidrig sind, sofern sie nur nicht nichtig sind (14). Da die gleiche Rechtsordnung nicht die Vollstreckung anordnen und gleichzeitig das entsprechende Verhalten des Beamten als strafrechtswidrig qualifizieren kann, können keine Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB verletzt sein. Jenen Widerspruch zu vermeiden ist gerade der Sinn des zitierten Rechtfertigungsgrundes. Für eine gegenteilige Ansicht (15), die die Vollstreckung verbindlicher rechtswidriger Entscheide als strafrechtswidrig betrachten würde, liessen sich weder im Gebiet des Strafrechts im allgemeinen noch in Anwendung der für die Bestimmung von Sorgfaltspflichten massgebenden Grundsätze Gründe finden, die darauf hindeuten würden, dass ein nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen wirksamer Staatsakt im Gebiet des Strafrechts für unbeachtlich zu erklären wäre. Sie hätte im übrigen unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung schwerwiegende Wertungswidersprüche in Kauf zu nehmen.

Damit ist klar gesagt, dass der von Burckhardt postulierte Grundsatz, wonach sich "eine Zwangsordnung in der Anwendung von Widersprüchen automatisch zu zu reinigen habe" (16), hinsichtlich der Vollstreckung von rechtswidrigen Hoheitsakten nicht unbesehen übernommen werden kann. Die Begründung liegt darin, dass die Interessenkollision aus dem Postulat der fehlerfreien Anwendung des Rechts einerseits und der Notwendigkeit wirksamer und prakti-

13) Brunner, Widersetzlichkeit, 21. Eberle, Der militärische Befehl, 29. Häfliger, Straftat auf Befehl, 268. Hofmann, Der rechtswidrige Befehl, 27. Kohli, Handeln auf Befehl, 20. Sidler, Widersetzlichkeit, 80. Jeschek, Lehrbuch, 318, bezüglich der "Weisung". Schöнке/Schröder, N. 83 Vorbem. zu §§ 32 ff. Stratenwerth, Verantwortung, 152.

14) Vgl. im übrigen Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1846 f. Reh binder, Rechtmässigkeit der Amtsausübung, 38. Stratenwerth, Verantwortung, 133 f. Wagner, Amtsverbrechen, 329.

15) Vgl. unten, 138 ff.

16) Burckhardt, Vom Rechtszwang, 54.

kabler Handhabung desselben dahingehend aufgelöst wird, dass rechtswidrige Entscheide grundsätzlich durchgesetzt werden müssen, sofern sie vollstreckbar und nicht nichtig sind. Die Verbindlichkeit eines Staatsaktes hängt nicht von seiner effektiven Rechtmässigkeit ab, sondern wird durch die Vermutung der Rechtmässigkeit begründet (17).

2. DAS PROBLEM DER VOLLSTRECKUNG QUALIFIZIERT RECHTSWIDRIGER STAATLICHER ENTSCHEIDE

2.1. Uebersicht über die Lösung des Problems in Lehre und Rechtsprechung

Nach der Auffassung von Laband hat der Befehlsempfänger nur die Zuständigkeit des Befehlsgebers, seine eigene Zuständigkeit sowie die Form des Befehls zu prüfen, d.h. nur formelle Gesichtspunkte zu berücksichtigen (18). Aehnliche Ueberlegungen haben in Art. 28 des alten Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 4. Hornung 1953) ihren Ausdruck gefunden. Danach waren "an sich unerlaubte Handlungen... straflos, wenn sie von einem Beamten oder Angestellten in Folge eines bestimmten, auf dessen amtliches oder Dienstverhältnis sich beziehenden kompetenten Befehls der ihm vorgesetzten Behörde oder Beamtung begangen worden sind. Die Behörde oder Beamtung ist hingegen für den Befehl und dessen Vollziehung verantwortlich" (19). Hofmann differenziert diese nur auf formelle Kriterien ausgerichtete Lösung im Anschluss an Mayer (20) in der Weise, dass er zwar für untere Beamte nur eine Prüfungspflicht der formellen, für höhere Angestellte dagegen auch eine solche der materiellen Voraussetzungen verlangt, wobei er jedem Beamten bei "ganz klar erkennbarer Rechtswidrigkeit" eine Remonstrationspflicht einräumt (21).

17) Vgl. oben, 20 f.

18) Laband, Staatsrecht I, 432 ff.

19) Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bd. 3, Bern 1853, 411.

20) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1. Aufl., 238 ff. Aehnlich Mayer, Der bindende Befehl, 609 ff.

21) Hofmann, Der rechtswidrige Befehl, 74 ff.

Dieser Meinung ist - zumindest für den Bereich des öffentlichen Rechts - auch Imboden, wenn er mit der Zuerkennung der Nichtigkeitsfolge dort weitergehen will, "wo die Vollziehungs- bzw. Anwendungsbehörden gemäss ihrer Stellung und ihrer Organisation in der Lage sind, eine eingehendere Nachprüfung des anzuwendenden bzw. zu vollziehenden Aktes vorzunehmen" (22).

Nach einer anderen Ansicht entfällt die Gehorsampflicht des Beamten ausser beim Fehlen der formellen Voraussetzungen (23), wenn sich der Befehlsvollzug als Delikt (24) bzw. als Verbrechen oder Vergehen darstellen würde (25). Im Resultat ähnlich erscheint die Aussage, wonach eine Amtshandlung immer dann vorliege, wenn sie rechtmässig sei (26), "wenn die im Gesetz einzeln umschriebenen Voraussetzungen vorliegen" (27), bzw. wenn der Beamte sachlich sowie örtlich zuständig sei und die sachlichen Voraussetzungen der Amtshandlung vorliegen (28) oder gar, wenn die sachliche und örtliche Zuständigkeit sowie die Formvorschriften eingehalten werden und sowohl der Grundsatz des schonendsten Eingriffs als auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit be-

22) Imboden, Nichtigkeit, 86.

23) Eberle, Der militärische Befehl, 22 ff. Fleiner/Giacometti, 676.

24) Eberle, Der militärische Befehl, 35 ff. Fleiner/Giacometti, a.a.O. Flüttsch, Natur des militärischen Befehls, 82. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 182. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 59. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, 113. Jeschek, Lehrbuch, 316. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 190. Schönke/Schröder, N. 88 Vorbem. zu §§ 32. Stratenwerth, Verantwortung, 181 f. bezüglich verbindlicher rechtswidriger Hoheitsakte der vollziehenden im Gegensatz zu solchen der rechtsprechenden Gewalt.

25) Stratenwerth, Verantwortung, 182, bezüglich verbindlicher rechtswidriger Befehle an Soldaten, vgl. dazu auch unten, 141 f.

26) Hafter, BT, 714. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 2, N. 5 zu Art. 285. Roos, Ungehorsamsstrafe, 496 ff. im Zusammenhang mit Art. 292 StGB.

27) Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 104, bei unmittelbarer Gesetzesvollziehung. Aehnlich Sidler, Widersetzlichkeit, 81 f. Günther, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 311. Rehbindner, Rechtmässigkeit der Amtsausübung, 39. Schönke/Schröder, N. 27 zu § 113. M.E. widersprüchlich Wagner, Amtsverbrechen, 329 ff., der zunächst davon ausgeht, bei unmittelbarer Gesetzesvollziehung sei die Amtshandlung rechtmässig, auch wenn der vollstreckte Akt anfechtbar sei, während er auf S. 339 ausführt, für die Strafbarkeit des Widerstandes des Bürgers sei die Nichtigkeit des Staatsaktes massgebend, für diejenige des Amtswalters dagegen, "ob eine gesetzliche Eingriffsnorm besteht und deren Voraussetzungen erfüllt sind".

28) Welzel, Strafrecht, 502 f. Aehnlich Brunner, Widersetzlichkeit, 64 f.

achtet werde (29).

Stark vertreten ist die Auffassung, eine Amtshandlung gehöre dann zu den Amtsbefugnissen im Sinne des Strafgesetzbuches, wenn sie im Bereich der abstrakten Kompetenz des Handelnden liege, wobei unerheblich sei, ob das betreffende Verhalten als materiell rechtmässig zu bewerten sei (30). Etwas unklar bezeichnet Brunner eine Amtshandlung als rechtswidrig, wenn sie gesetzwidrig ist und der betroffene Bürger "die Befugnisse der betreffenden Behörde bzw. des betreffenden Beamten kennt und von der Gesetzwidrigkeit seiner Handlung überzeugt ist" (31); der Betroffene habe sich der Amtshandlung dann zu fügen, wenn diese generell in der Amtsbefugnis des Beamten liege, auch wenn sie ihm sachlich unbegründet erscheine (32).

Nach einer verbreiteten Ansicht liegt der Befehlsvollzug im Rahmen der Amtsbefugnisse, wenn die formellen Voraussetzungen des Befehlsvollzugs gegeben sind und die Ausführung des Hoheitsaktes nicht dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht, d.h. "offensichtlich rechtswidrig ist, wenn er also unter gar keinen - wie immer gearteten - Umständen rechtmässig sein kann" (33). Die gleichen Ueberlegungen liegen der Formulierung Kohlis zugrunde, für den nur ein "als offenkundig kriminell erscheinender Befehl" die Vermutung der Rechtmässigkeit zu beseitigen vermag (34).

Ueber das Kriterium der Offensichtlichkeit kommt Stratenwerth schliesslich zur Schlussfolgerung, in Anbetracht dieses mit den Voraussetzungen der Nichtigkeit übereinstimmenden Kriteriums habe es "wenig Sinn, im Strafrecht selbständige Kriterien für die Schutzwürdigkeit von Amtshandlungen zu entwickeln", weshalb die Nichtigkeitsgründe des öffentlichen Rechts massgebend

29) Jeschek, Lehrbuch, 314 f. Ähnlich Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 424. Schöнке/Schröder, N. 89 Vorbem. zu §§ 32 ff.

30) Härdy, Handkommentar, N. 6 zu Art. 285. Flütsch, Natur des militärischen Befehls, 81 f. Petrzilka, Erläuterungen, 397. Schwander, Strafgesetzbuch, 489. Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 104 f., für befehlsgemässes Handeln. Ebenso Sidler, Widersetzlichkeit, 83 f.

31) Brunner, Widersetzlichkeit, 26.

32) Brunner, a.a.O., 65.

33) Stratenwerth, Verantwortung, 111, ähnlich 153 f. Ähnlich Popp, Nichtbeachtung von Dienstvorschriften, 82 f.

34) Kohli, Handeln auf Befehl, 57.

seien (35). Aus der Verbindlichkeit anfechtbarer Verwaltungsakte folge somit, dass der Befehl, einen derart rechtswidrigen Akt zu vollstrecken, zu vollziehen sei.

Demgegenüber verneint eine ganze Reihe von Autoren die Möglichkeit eines verbindlichen, rechtswidrigen Befehls, da dies nicht mit dem Gesetz zu vereinbaren sei und die Einheit der Rechtsordnung sprengen würde (36). Allerdings wird teilweise zugestanden, dass Anordnungen mit rechtswidrigen, jedoch nicht nichtigen Verwaltungsakten "vorläufig" verbindlich seien, bis sie zufolge Nichteinlegung von Rechtsmitteln während der Rechtsmittelfrist geheilt würden, wodurch der entsprechende Befehl endgültige Verbindlichkeit erlange (37).

Eine interessante Lösung hat der Gesetzgeber in Art. 18 Abs. 2 MStG getroffen, indem der Untergebene nur dann strafbar erklärt wird, "wenn er sich bewusst war, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt" (38).

Sachlich weitgehend übereinstimmend sind die Regelungen im deutschen Militärstrafrecht. Sowohl in § 11 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) vom 19. März 1956 und § 5 Abs. 1 des Wehr-

35) Stratenwerth, BT II, 582. Gleicher Meinung Flütisch, Natur des militärischen Befehls, 82. Schneider, Widerstandsrecht, 84 ff., der nicht, wie Sidler (Widersetzlichkeit, 91, Anm. 1) behauptet, der Auffassung von Hegnauer (Widersetzlichkeit, 101 ff.) ist, indem er auch bei selbständiger Gesetzesvollziehung auf das Kriterium der Nichtigkeit abstellt, a.a.O., 85. Ebenso Krey, Strafrecht, BT, 89 f. Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1846. Nur bei hoheitlich gebotenem Handeln stellen auf das Kriterium der Nichtigkeit ab: Günther, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 311. Rehbinden, Rechtmässigkeit der Amtsausübung, 37 f. Schöнке/Schröder, N. 32 zu § 113. Wagner, Amtsverbrechen, 329, vgl. oben, 139, Anm. 27.

36) Eberle, Der militärische Befehl, 38 ff. Hafter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 181, Anm. 2. Rieter, Handeln wider Befehl, 6. Schoch, Ungehorsam, 34. Dolaptschieff, Rechtswidrige, bindende Befehle, 244, 246. Mayer, Der rechtswidrige Befehl, 121, 137. Risiken, Grenzen amtlicher Weisungen, 91 f.

37) Risiken, Grenzen amtlicher Weisungen, 92.

38) Vgl. dazu Comtesse, MStG, N. 5 ff. zu Art. 18. Häfliger, Straftat auf Befehl, 270 ff. Kohli, Handeln auf Befehl, 68 ff. Schoch, Ungehorsam, 32 ff. Eberle, Der militärische Befehl, 69 ff., der jedoch fälschlicherweise zur Erleichterung der Beweiserhebung darauf abstellen will, "ob der Täter nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen hätte erkennen können und müssen", a.a.O., 94.

strafgesetzes vom 30. März 1957 als auch im zivilen Bereich in den Gesetzen über die Anwendung unmittelbaren Zwanges (39) trifft den Untergebenen, der befehlsgemäss eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, "eine Schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, dass dadurch ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird" (40).

Die Besonderheit der Regelungen besteht darin, dass einerseits die Begehung von Uebertretungen auf Befehl nicht bestraft und andererseits auf das (potentielle) Bewusstsein der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens abgestellt wird. Während dabei im deutschen Recht entweder das Bewusstsein oder die nach den Umständen erkennbare Offensichtlichkeit der Strafrechtswidrigkeit genügt, der Befehlsadressat also im zweiten Fall gewissen generellen Anforderungen genügen muss, geht das schweizerische Militärstrafrecht wesentlich weiter, indem es den Untergebenen schon bei fehlendem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Befehlsvollzugs straflos ausgehen lässt, ihm also keine Prüfungspflicht aufbürdet, sondern in Schutz nimmt, sofern er sich über die Rechtmässigkeit seines Tuns keine Gedanken gemacht hat (41).

Da für das hoheitlich gebotene Handeln im schweizerischen öffentlichen Recht entsprechende Regelungen bezüglich des aktuellen Bewusstseins der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung der Straflosigkeit des Befehlsvollzugs fehlen, ist im folgenden nur insoweit die deutsche Literatur beizuziehen, als es um die Auslegung des Kriteriums der offensichtlichen Rechtswidrigkeit geht.

In seiner früheren Rechtsprechung ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass es nicht darauf ankomme, ob das Verhalten des Beamten materiell berechtigt sei, sondern dass es genüge, wenn jener den Befehl einer vorgesetzten Behörde ausführe, die an sich zur Anordnung der fraglichen Tat zuständig sei (42). Es ist sogar noch weitergegangen, indem es auch beim aus eigener

39) Z.B. § 7 Abs. 2 UZwG. § 37 Abs. 2 DMuE. Heise/Riegel, Musterentwurf, 114 f. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 71, insbesondere Anm. 95 mit Zitaten zu den Ländergesetzen über die Anwendung unmittelbaren Zwanges.

40) § 11 Abs. 2 Soldatengesetz. § 7 Abs. 2 UZwG. Ähnlich Art. 17 des Vorentwurfes 1916 zum MStG.

41) Comtesse, MStG, N. 7 zu Art. 18.

42) Z.B. BGE 78 IV 118 f., 74 IV 61 ff. Ebenso die zürcherische Rechtsprechung, vgl. ZR 56 (1957) Nr. 68, 104. Für die bündnerische Praxis PKG 1961, Nr. 46, 117.

Initiative Handelnden nur darauf abstellte, ob jenem an sich eine solche Befugnis zukomme (43). Im Entscheid BGE 95 IV 175 Erw. 3 änderte das Bundesgericht seine Praxis und führte aus, der Beamte handle immer dann strafrechtswidrig, wenn er befehlsgemäss eine offensichtlich rechtswidrige Massnahme vollziehe. Bei der Bestätigung dieser Rechtsprechung äusserte es sich zu einem Aufsatz von Hegnauer (44), wobei die dort deutlich vollzogene Trennung zwischen hoheitlich gebotenen Handeln und unmittelbarer Gesetzesvollziehung nicht übernommen und nur die für die letztgenannte Vollzugsart gemachten Ausführungen herangezogen wurde. So handelt der Beamte nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann nicht im Rahmen seiner Amtspflichten, wenn er zur "Vornahme sachlich oder örtlich unzuständig ist, wenn wesentliche Formvorschriften nicht beachtet werden oder wenn bei Ermessensentscheidungen das Ermessen missbraucht oder überschritten wird, also beispielsweise, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit polizeilicher Eingriffe missachtet wird" (45); das Bundesgericht auferlegt dem Beamten demzufolge eine relativ umfassende Prüfungspflicht. Im gleichen Entscheid billigt es dem Betroffenen gegen Amtshandlungen, die nicht durch die Amtspflichten im umschriebenen Sinne gedeckt sind, unter Berufung auf Brunner (46) und einen Entscheid des Bundesverfassungsgerichtes (47) mit einem Hinweis auf die Notstandsbestimmung des Art. 34 StGB den gewalttätigen Widerstand zu, wenn von allfällig zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln von vornherein kein wirksamer Schutz zu erwarten ist. Dieses Notrecht darf aber erst dann in Anspruch genommen werden, "wenn die Widerrechtlichkeit der Amtshandlung offensichtlich ist und... der Widerstand der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dient" (48).

43) BGE 78 IV 118 f.

44) Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 101 ff.

45) BGE 98 IV 45 Erw. 4 b. Bestätigung in BGE 103 IV 75.

46) Brunner, Widersetzlichkeit, 64, der ausführt, gegen jede Handlung eines Beamten, die ausserhalb seines Kompetenzkreises liege, sei Notwehr erlaubt, wenn das Unrecht anders nicht abgewendet werden könne, der aber im übrigen weder von einer primären Pflicht zur Ergreifung von Rechtsmitteln, noch von einer analogen Anwendung des Notstandes spricht.

47) BVerfGE 5, 1956, 377, wo die Frage eines allfälligen Widerstandsrechtes der Kommunistischen Partei Deutschlands wegen behaupteter Verfassungsverstösse gegen das von jener aus fundamentaler Gegnerschaft bekämpfte Regime geprüft wird.

48) BGE 98 IV 45.

2.2. Kritik an den angeführten Kriterien zur Bestimmung der Amtspflichten

2.2.1. Im Allgemeinen

Wenn die Rechtmässigkeit einer Amtshandlung nur von der Einhaltung formeller Gesichtspunkte abhängig gemacht wird, die Frage der materiellen Unrichtigkeit der ihr zugrundeliegenden Hoheitsakte demzufolge ausser Betracht bleiben soll, schafft man zwar klare Abgrenzungskriterien, nimmt aber in Kauf, dass inhaltlich offensichtlich rechtswidrige Entscheide vollstreckt werden. Danach wäre etwa die Verhaftung eines jugendlichen Kirschendiebes mittels lebensgefährdendem Schusswaffengebrauch rechtmässig, sofern nur die Zuständigkeits- und Formvorschriften bei der Erteilung und Ausführung der Anordnung beachtet worden sind. Abgesehen davon, dass nach dieser Theorie auch unbeachtliche Entscheide vollstreckt werden müssten, sofern der qualifizierte Fehler in der Rechtsanwendung inhaltlicher Natur ist, was den im wirkungslosen Entscheid formal "Verpflichteten" zum Widerstand berechtigen würde, entspricht eine derartige Abgrenzungstheorie zutiefst den im Gesetz enthaltenen Wertungen (49).

Die Auffassung, wonach eine Amtshandlung rechtmässig sei, wenn sie kein Delikt darstelle, ist zwar richtig, hilft aber nicht viel weiter. Sie kann nur dann ein brauchbares Kriterium abgeben, wenn die tatbestandsmässige Handlung nicht als Amtshandlung gedacht werden kann, was beispielsweise für die Sittlichkeitsdelikte zutrifft (50). Sobald tatbestandsmässiges Verhalten einer Amtspflicht entsprechen kann - dies ist bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges regelmässig der Fall, da zumindest der Tatbestand der Nötigung gegeben ist (51) -, muss eben gerade abgeklärt werden, ob ein Delikt vorliegt, d.h. ob das hoheitliche Verhalten unter den gegebenen Umständen rechtswidrig ist. In diesem Sinne stellt die Aussage, die Amtshandlung sei rechtmässig, wenn sie keine strafbare Handlung darstelle, unter dem Gesichtspunkt von Art. 32 StGB eine blosser Tautologie dar; sie erlaubt es insbesondere nicht abzuklären, ob der Beamte im Einzelfall von seiner Befugnis

49) Imboden, Verwaltungskontrolle, 149.

50) Mayer, Der bindende Befehl, 603.

51) Popp, Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, 106. Stratenwerth, Verantwortung, 169 f.

richtigen Gebrauch gemacht hat und ob sein Verhalten deshalb als materiell rechtmässig zu qualifizieren ist (52) (53).

Die gleichen Mängel treffen die Aussage, die staatliche Entscheidung sei dann nichtig und daher nicht zu vollziehen, wenn sie unter gar keinen, wie immer gearteten Umständen, also bei beliebiger Sachlage nicht rechtmässig sein könne, da das Verhalten des Vollstreckungsbeamten nur in Ausnahmefällen niemals rechtmässig sein kann, nämlich eben dann, wenn es nicht als Amtshandlung denkbar ist. So ist, um ein extremes Beispiel zu nennen, die Erschiessung eines Geiselnahmers in gewissen Ausnahmefällen zulässig und geboten, weshalb nach der angeführten Meinung die Anordnung der Erschiessung unseres Kirschendiebes nicht nichtig und daher zu vollziehen wäre, da eben eine Sachlage (Geiselnahme) denkbar ist, unter der die Anordnung rechtmässig wäre. Dass dies nicht richtig sein kann, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

In diesem Sinne irrt auch Risken, wenn er annimmt, das Problem der Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle könne durch die Vermutungslehre nicht gelöst werden, da die dienstliche Weisung eigenen Regeln folge, was sich darin zeige, dass eine Weisung zu strafbarem Verhalten "sowohl nach objektiver wie subjektiver Evidenztheorie" nichtig und unverbindlich sei (54). Wie bereits ausgeführt, sind praktisch alle Befehle, die die Anwendung unmittelbaren Zwanges zum Inhalt haben, formell strafrechtswidrig, wobei der durch-

52) Mayer, Der bindende Befehl, 603, 605.

53) Diese Ausführungen treffen auch für Stratenwerth, Verantwortung, 167 ff. zu, der zwar zuerst richtigerweise die verbindlichen von den unverbindlichen Hoheitsakten trennt, um den Vollzug unverbindlicher Akte als strafrechtswidrig zu bezeichnen, sofern dadurch Rechtsgüter beeinträchtigt werden. Nicht zugestimmt werden kann aber der Annahme einer Pflichtenkollision zwischen den "allgemeinen Rechtspflichten" zur Unterlassung des Vollzugs verbindlicher rechtswidriger Akte und der Gehorsamspflicht, entsprechend der Vollstreckungsanordnung zu handeln einerseits sowie der Auflösung jener Pflichtenkollision, wenn für das Urteil, ob ein bestimmtes Verhalten strafrechtswidrig sei, darauf abgestellt wird, ob strafrechtliche Pflichten den Gehorsamspflichten im Range vorgehen. - Wenn der materielle Geltungsbereich der Strafnormen durch Abwägung zweier, sich gegenüberstehender Elemente bestimmt werden soll, kann der Umfang strafrechtlicher Pflichten nicht selbst eines dieser beiden Elemente sein (vgl. a.a.O., 182).

54) Risken, Grenzen amtlicher Weisungen, 91.

zusetzende Entscheid keineswegs evident rechtswidrig zu sein braucht, sondern auch nur anfechtbar oder gar rechtmässig sein kann.

Die Auffassung, wonach der hoheitlich gebotene Vollzug dann rechtmässig sei, wenn die vorgesetzte Behörde zur Anordnung der fraglichen Tat an sich zuständig sei, bzw. wenn der Vollzug derartiger Anordnungen von Gesetzes wegen zu den Obliegenheiten des Beamten gehöre, kann auf zweierlei Weise verstanden werden. Wird damit die abstrakte Kompetenz, unabhängig vom konkreten Sachverhalt gemeint, so ist auf die zu den beiden vorstehenden Auffassungen gemachte Kritik zu verweisen, da auch hier nur solches Verhalten rechtswidrig sein könnte, welches überhaupt nicht als Amtshandlung gedacht werden kann. Versteht man jedoch unter Zuständigkeit nicht die Fähigkeit, sich im Gegensatz zu einer anderen Behörde mit einer bestimmten Sache zu befassen, d.h. die Regelung der Aufgabenverteilung unter dem Gesichtspunkt des Kompetenzkonflikts (55), sondern den Inbegriff aller Normen, denen ein Hoheitsakt genügen muss, um einen verbindlichen Entscheid darzustellen (56), so lässt sich im Prinzip jede Rechtswidrigkeit, insbesondere auch die inhaltliche, als Unzuständigkeit konstruieren (57). Nach dieser Auffassung würde die Aussage lauten, der Vollzug einer Anordnung sei gerechtfertigt, wenn sich jene als rechtmässig erweise. Auch dieses Kriterium ist zur Bestimmung des Kreises der Amtspflichten ungeeignet, da mit seiner Hilfe nicht bestimmt werden kann, in welchem Ausmass ein Hoheitsakt rechtswidrig sein muss, damit er nicht mehr vollstreckt werden kann und darf. Insbesondere ist zu beachten, dass zu den rechtswidrigen Akten auch die anfechtbaren gehören, die nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen vorbehaltlich ihrer Anfechtung verbindlich sind und vollstreckt werden müssen (58).

Wenn aber rechtswidrige Akte grundsätzlich verbindlich sind, nimmt Stratenwerth (59) m.E. beim hoheitlich gebotenen Vollzug verbindlicher rechtswidriger Entscheide zu Unrecht eine Pflichtenkollision an, da den Beamten nur zwei gleichlautende Pflichten treffen, nämlich die Pflicht, den von der Rechtsordnung als verbindlich eingestuften Hoheitsakt zu vollstrecken und

55) Imboden, Nichtigkeit, 102. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, 74.

56) Burckhardt, Methode, 96 f.

57) Imboden, Nichtigkeit, 102.

58) Vgl. oben, 20 ff.

59) Stratenwerth, Verantwortung, 165 ff.

zusätzlich die Gehorsamspflicht, dasselbe zu tun (60). Es wäre nicht einzu-sehen, weshalb der Bürger die Vollstreckung rechtswidriger verbindlicher Akte als rechtmässig zu dulden hätte, während andererseits der Vollzugsbeamte für die Vollstreckungshandlung bestraft werden könnte, wenn die Pflichten-kollision zuungunsten der Gehorsamspflicht aufgelöst würde oder der Beamte aufgrund eigener Entschliessung handelt (61).

Es ist unerfindlich, weshalb der Grundsatz, wonach verbindliche rechtswid-rige Akte zu vollziehen sind, bei der unmittelbaren Gesetzesvollziehung eine Ausnahme erleiden soll, wie verschiedene Autoren meinen. Der aus der staat-lichen Autorität abgeleitete Grundsatz der Vermutung der Rechtmässigkeit gilt für alle Rechtssubjekte in gleicher Weise, weshalb das zur Unbeacht-lichkeit eines Hoheitsaktes führende Mindestmass an Rechtswidrigkeit eine objektive Grösse ist, die weder von der Person des Verpflichteten noch von jener des Rechtsanwendenden abhängig ist. Auch der in eigener Kompetenz staatliche Entscheide erlassende und zugleich vollstreckende Beamte hat seine Akte dann zu beachten, wenn er nachträglich deren Rechtswidrigkeit erkennt, sofern die letztere nur nicht offensichtlich ist.

Aus diesem Grunde kann der Ansicht, dem selbständig handelnden Beamten ob-liege eine weitergehende Prüfungspflicht als die durch die Vermutung der Rechtmässigkeit staatlicher Hoheitsakte bedingte, da sein Vertrauen in die Rechtmässigkeit des von ihm selbst erlassenen Rechtsaktes weniger schützens-wert sei als dasjenige in einen ihm von vorgesetzter Stelle zum Vollzug befohlenen, nicht gefolgt werden. Die Beschränkung der Prüfungspflichten bei der Trennung der offensichtlich rechtswidrigen Akte von den übrigen an-fechtbaren und rechtmässigen Entscheiden beruht auf dem - grundsätzlich auch

60) Grundsätzlich wohl jetzt auch dieser Meinung Stratenwerth, BT II, 582.

61) Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1846. Krey, Straf-recht, BT, 89 f. Der Unterschied zwischen der von Stratenwerth, Verant-wortung, 165 ff. und der hier vertretenen Auffassung liegt darin, dass nach Stratenwerth eine Pflichtenkollision nicht auftreten kann, wenn der zu vollstreckende Akt offensichtlich rechtswidrig, die Vollstrek-kungsanweisung aber an sich rechtmässig ist, während m.E. die verbind-liche Vollstreckungsanordnung einerseits und die Pflicht, nichtige Akte nicht zu vollstrecken andererseits eine Pflichtenkollision entstehen lassen, was bei der Anordnung des Vollzugs verbindlicher rechtswidri-ger Entscheide zufolge gleichlautender Pflichten nicht zutrifft.

im Bereich des Strafrechts geltenden - besonderen Geltungsanspruch hoheitlicher Akte und nicht umgekehrt (62).

Die Richtigkeit dieser Annahme bestätigt im übrigen auch die Tatsache, dass der Schutz der Art. 32 und 285 StGB nicht dem Beamten, sondern der Amtshandlung gilt (63), weshalb nicht einzusehen ist, wieso die Rechtmässigkeit einer Vollzugshandlung davon abhängen soll, ob beispielsweise der Polizeibeamte bei der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Massnahme die den anzuwendenden Zwang bestimmende Festsetzungsverfügung selbst vollstreckt oder damit einen zufällig anwesenden Untergebenen beauftragt (64), soweit nur die an den handelnden Beamten gestellten Anforderungen den für die Statuierung von strafrechtlichen Sorgfaltspflichten geltenden Grundsätzen nicht zuwiderlaufen.

Ebenso verhält es sich mit den dem formalen Rechtmässigkeitsbegriff zugrundeliegenden Kriterien der Einhaltung der Zuständigkeits- und Formvorschriften. Richtigerweise muss daher in Abweichung von der herrschenden Lehre angenommen werden, dass nicht jede Verletzung von Zuständigkeits- und Formvorschriften einen Verstoß gegen Amtspflichten darstellt, sondern nur die wesentliche bzw. die offensichtliche (65), da sonst die Vollstreckung anfechtbarer Hoheitsakte strafbar wäre, sofern eine Formvorschrift verletzt worden

62) Stratenwerth, Verantwortung, 48 f., insbesondere Anm. 7.

63) Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 103. Thormann/v.Overbeck, Das Strafgesetzbuch, Bd. 2, N. 9 zu Art. 285. Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Jahrgang 1929, 593. BGE 98 IV 44. ZR 46 (1947) Nr. 86, 147.

64) Zutreffend Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 426: "Ein Befehl ist also nichts anderes und insbesondere nicht mehr als die Vermittlung des Willens der Rechtsordnung an das zu seinem unmittelbaren Vollzug berufene Organ; widerspricht der Befehl dem Recht, so kann seine Vollziehung nicht dadurch geheiligt werden, dass sich der das Unrecht Befehlende eines Werkzeuges bedient. Die gegenteilige Auffassung müsste zum Ergebnis führen, dass ein Befehl um so "rechtmässiger" würde, je mehr unverantwortliche Instanzen er durchläufe - je bürokratischer und autoritärer die Staatsorganisation, um so infallibler der in seinem Ursprung fehlerhafte Staatsakt".

65) Meyer, Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung, 1846. Rehbinden, Rechtmässigkeit der Amtsausübung, 35. Stratenwerth, Verantwortung, 18 ff., 149 f.

ist (66), was sicher als sinnwidrig zu bezeichnen wäre. Nur die offensichtliche Unzuständigkeit kann die Unbeachtlichkeit der an den Vollstreckungsbeamten gerichteten Weisung begründen (67).

Wenn schliesslich Sidler dem Bundesgericht unterstellt, es unterscheide in seinem Entscheid 98 IV 44 f. im Anschluss an Hegnauer (68) zwischen Handeln aufgrund unmittelbarer Gesetzesvollziehung und Vollstreckung von Anordnungen in der von ihm vertretenen Weise (69), so trifft dies nicht zu. Vielmehr hat sich der betroffene Bürger entsprechend dem zitierten Entscheid einer Amtshandlung generell zu unterziehen, "wenn ihre Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich" ist (70). In keiner Weise ist dem Entscheid und der folgenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (71) jedoch zu entnehmen, bei hoheitlich gebotenem Handeln sei die Rechtmässigkeit der Amtshandlung auf andere Weise zu bestimmen als bei unmittelbarer Gesetzesvollziehung.

Diese Ausführungen bestätigen im übrigen die eingangs dieses Paragraphen aufgestellte These, wonach es für die strafrechtliche Beurteilung der Rechtmässigkeit unerheblich ist, ob der Beamte aufgrund unmittelbarer Gesetzesanwendung oder aber einer hoheitlichen Anordnung handelt (72).

66) Offenbar a.M. Schönke/Schröder, N. 26 zu § 113, wo erklärt wird: "Um aufgrund eines Formfehlers als rechtswidrig zu gelten, muss die Vollstreckungshandlung nicht unbedingt nichtig sein".

Wenn auch nicht klar ist, was unter einer "nichtigen Vollstreckungshandlung" verstanden werden muss - nur ein Hoheitsakt, nicht aber eine Handlung kann nichtig sein -, scheint doch der Beamte für die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Pflicht, einen rechtswidrigen, anfechtbaren Akt zu vollstrecken, mit der Ausfällung einer Strafe rechnen zu müssen.

67) Stratenwerth, Verantwortung, 150 f. Ähnlich Gygi, Ueberprüfung, 400 ff. im Zusammenhang mit dem Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen.

68) Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 101 ff.

69) Sidler, Widersetzlichkeit, 90 f.

70) BGE 98 IV 45.

71) BGE 103 IV 74 ff.

72) Vgl. oben, 135 f.

2.2.2. Am Kriterium der öffentlichrechtlichen Nichtigkeit insbesondere

In der neueren Lehre und Rechtsprechung besteht die Tendenz, solche Amtshandlungen als strafrechtswidrig zu qualifizieren, mit welchen ein nichtiger Hoheitsakt vollstreckt wird. Wie bereits ausgeführt, werden als nichtige Rechtsakte nicht nur solche bezeichnet, die erkennbar und offensichtlich widerrechtlich sind, da insbesondere auch die Tragweite und die Bedeutung der präsumtiv verletzten Rechtsnorm und Ueberlegungen betreffend die Rechtssicherheit den Entscheid über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Aktes zu beeinflussen vermögen (73). Die Kriterien der Offensichtlichkeit und Erkennbarkeit als Voraussetzungen der Nichtigkeit haben ihren Gehalt im öffentlichen Recht - zumindest teilweise - eingebüsst, indem schon solche Rechtsakte als nichtig bezeichnet werden, die zwar eine besonders schwere Rechtsverletzung bewirken, die aber nicht offensichtlich rechtswidrig sind, so dass die Frage der Rechtmässigkeit bzw. Verbindlichkeit erst noch abgeklärt werden muss. Die Vermutung der Rechtmässigkeit staatlicher Hoheitsakte wird entkräftet, was seinerseits die Hierarchie der Verwaltung und die Unabhängigkeit der Rechtsprechung in Frage stellt; dem Vollzugsbeamten werden weitergehende Prüfungspflichten auferlegt, als sie mit der Pflicht zum Vertrauen in die Anordnungen der vorgesetzten Stellen bzw. der Gerichte und mit den der subordinierten Stelle entsprechenden Fähigkeiten vereinbar sind (74). Begründet wird diese erweiterte Prüfungspflicht damit, dass der dem Hoheitsakt anhaftende Mangel nicht nur dann zur Nichtigkeit führe, wenn er offenkundig bzw. leicht erkennbar sei, sondern dass dies erst dann der Fall sei, wenn eine Abwägung aller sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte für die Nichtigkeit spreche, wobei speziell die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt werden dürfe (75).

M.E. liegt in der Begründung dieser Voraussetzungen ein Ueberlegungsfehler.

73) Vgl. oben, 22 ff.

74) Grisel, Droit administratif, 201. Kohli, Handeln auf Befehl, 16 f. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 59. Laband, Staatsrecht I, 432 f. Stratenwerth, Verantwortung, 49, 53.

75) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 40 B IV. Imboden, Nichtigkeit, 75 ff., der die Prinzipien der Selbstbezeugung und der Rechtssicherheit nebeneinander anwendet. Vgl. auch oben, 23.

Geht man gestützt auf die Vermutung der Rechtmässigkeit von Hoheitsakten richtigerweise davon aus, ein staatlicher Entscheid sei dann unbeachtlich, wenn diese Vermutung durchbrochen ist, indem jener als offensichtlich und erkennbar rechtswidrig beurteilt wird, so beruht diese Lösung auf einer umfassenden Abwägung aller für und gegen die Annahme absoluter Unbeachtlichkeit sprechenden Gesichtspunkte. Insbesondere wird dabei dem Postulat der Rechtssicherheit Rechnung getragen, indem sich sowohl die staatlichen Organe als auch der Bürger grundsätzlich auf die Rechtsbeständigkeit staatlicher Entscheide verlassen können und nur dann ausnahmsweise deren Unverbindlichkeit anzunehmen ist, wenn die Rechtswidrigkeit ohnehin so offensichtlich ist, dass die Vermutung der Rechtmässigkeit nicht mehr gelten kann.

Nun ist es aber unlogisch anzunehmen, der auf der erwähnten Abwägung beruhende Grundsatz der Vermutung der Rechtmässigkeit erleide dann eine Ausnahme, wenn eine zweite wertende Abwägung aller sich gegenüberstehenden Interessen und insbesondere die Beachtung des der Rechtssicherheit zukommenden Gewichts, trotz fehlender oder gegebener Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit, für oder gegen die Nichtigkeit spreche. Die Abwägung aller für oder gegen die Nichtigkeitsfolge sprechenden Interessen kann auch im Einzelfall kein anderes Ergebnis bewirken als das durch die Vermutung der Rechtmässigkeit ausgedrückte, da letzteres auf dem gleichen Wege der Wertabwägung gefunden wurde; das Resultat der Wertabwägung kann mit anderen Worten nur dann vom generell ermittelten differieren, wenn unter dem Eindruck der konkreten Verhältnisse aktuell erscheinende Interessen zulasten des generellen Prinzips überbewertet werden. Ist diese Ueberlegung richtig, so kann ein bestimmter Hoheitsakt nur dann unbeachtlich sein, wenn seine Rechtswidrigkeit sowohl für den Bürger als auch die staatlichen Organe offensichtlich bzw. leicht erkennbar ist. Die Schwere des Mangels bzw. die Wertung des verletzten Rechtsgutes und die zusätzliche Beachtung der Rechtssicherheit kann somit nicht ein zweites Mal eine Rolle spielen.

Würde man die Ueberschreitung von Amtspflichten im übrigen davon abhängig machen, ob nichtige Entscheide im Sinne der Verwaltungsrechtslehre und -rechtsprechung Grundlage des Täterverhaltens bilden, so könnte der Vollzugsbeamte nur dann rechtmässig handeln, wenn er über speziellere und möglicherweise sogar vertieftere Kenntnisse verfügen würde als die vorgesetzten

Behörden, während der nicht speziell rechtskundige Zwangsunterworfenen sich im Grenzfall gegen qualifiziert rechtswidrige Eingriffe dann nicht zur Wehr setzen könnte, wenn der staatliche Entscheid zwar nichtig, nicht aber offensichtlich und erkennbar rechtswidrig ist (76). Es wäre denkbar, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid 98 IV 45 durch die Einschränkung des Widerstandsrechts des Bürgers jenem Umstand - Gefahr zu extensiver Ausübung des Widerstandsrechts zufolge Unsicherheit über die (Un-)Verbindlichkeit des verpflichtenden Hoheitsaktes - Rechnung tragen wollte, indem es dem Beschwerdeführer gegen qualifiziert rechtswidrige Amtshandlungen nicht automatisch ein Widerstandsrecht zugestand, sondern zusätzlich verlangte, "dass der Widerstand der Bewahrung oder Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes diene" und dass zuerst die Rechtsmittel ausgeschöpft würden, sofern davon "nicht von vornherein kein wirksamer Schutz zu erwarten" sei. Leider hat es das Bundesgericht aber unterlassen, sich über den Grund dieser restriktiven Auslegung der Rechte des betroffenen Bürgers zu äussern. Grundsätzlich ist wohl davon auszugehen, dass ein bestimmter, hoheitliches Verhalten begründender Rechtsakt anfechtbar und daher vollstreckbar ist, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, oder aber, dass er als unbeachtlicher Akt keinerlei Wirkungen entfalten kann, weil er der Vermutung der Rechtmässigkeit nicht teilhaftig ist; ein solch unbeachtlicher Akt muss aber nicht angefochten werden, wie das Bundesgericht anzunehmen scheint. Das zufolge offensichtlicher Rechtswidrigkeit der dem polizeilichen Verhalten zugrundeliegenden Rechtsakte ausserhalb der Amtspflichten liegende Tun des Beamten stellt einen unberechtigten Angriff auf die Rechtsgüter des Zwangsunterworfenen dar, weshalb die entsprechende Abwehr nicht als Widersetzlichkeit gemäss Art. 285 f. StGB bestraft werden kann (77).

Aus diesen Ausführungen folgt m.E., dass aufgrund des richtigen Verständnisses des Prinzips der Vermutung der Rechtmässigkeit nur offensichtlich und erkennbar rechtswidrige Akte unverbindlich sein können, weshalb nach diesem allgemeinen, für alle Rechtsbereiche geltenden Grundsatz diejenigen nichtigen Hoheitsakte nicht als unverbindlich im Sinne des strafrechtlichen Recht-

76) Vgl. oben, 134.

77) Brunner, Widersetzlichkeit, 64, 67. Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 102. Dreher, Strafrechtsreformgesetz, 1158.

mässigkeitsbegriffes betrachtet werden können, welche zwar eine schwere Rechtsverletzung bewirken, deren Rechtswidrigkeit aber nicht offensichtlich ist.

2.3. Bestimmung der Sorgfaltspflichten beim Vollzug qualifiziert rechtswidriger Hoheitsakte

2.3.1. Begrenzung der Sorgfaltspflichten durch das Können des Vollzugsbeamten bezüglich der Kenntnis des Sachverhalts

2.3.1.1. Prüfung der dem durchzusetzenden Entscheid zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände der Aussenwelt

a) Problemorientierte Darstellung der Ausgangslage

Der Vollzugsbeamte, welcher einen Rechtsakt auf seine Verbindlichkeit hin zu überprüfen hat, muss nicht nur über ein bestimmtes Mass an juristischem Wissen verfügen, sondern auch den zu überprüfenden Akt und dessen Hintergründe kennen, damit er befähigt ist, offensichtliche und leicht erkennbare Mängel festzustellen (78). Dies folgt aus dem Umstand, dass ein Hoheitsakt einerseits rechtswidrig sein kann, weil das Gesetz fehlerhaft angewendet wird oder aber, weil der Entscheid auf einem unzutreffenden Sachverhalt basiert (79). Offensichtlich rechtswidrig ist ein bestimmter, dem Verhalten eines Vollzugsbeamten zugrundeliegender Hoheitsakt somit nach der hier vertretenen Auffassung, wenn er von Tatumständen ausgeht, die weder mit den tatsächlich gegebenen noch mit den ex ante aus der Situation des Beamten erkennbaren übereinstimmen und bezüglich des gestützt auf den erkennbaren oder tatsächlichen Sachverhalt folgerichtig zu erlassenen Hoheitsaktes wesentlich abweicht oder wenn der Gesetzesanwendung zwar der richtige Sachverhalt zugrundegelegt wird, jedoch krasse Subsumtionsfehler begangen werden.

Wenn bei der Bezeichnung der Voraussetzungen der Nichtigkeit das Kriterium

78) Ähnlich Flütsch, Natur des militärischen Befehls, 84 f. Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 104. Imboden, Nichtigkeit, 85. Kohli, Handeln auf Befehl, 47 f.

79) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 228.

"offensichtliche Rechtswidrigkeit" dahingehend umschrieben wird, die Schwere des Fehlers müsse aus dem Akt selbst ersichtlich, jenem gewissermassen auf die Stirn geschrieben sein (80), so wird damit wohl regelmässig nur die krass unrichtige Rechtsanwendung gemeint, da aus einem Hoheitsakt - auch wenn dem massgebenden Dispositiv eine eingehende Sachverhaltsdarstellung vorausgeht - niemals ersichtlich ist, ob jener beschriebene Sachverhalt mit den tatsächlichen bzw. erkennbaren Umständen identisch ist; dies kann nur anhand der wirklichen Sachlage entschieden werden. Daraus wird ersichtlich, dass das eigentliche Problem beim Erkennen unbeachtlicher Hoheitsakte nicht so sehr in der Frage der Rechtsanwendung als vielmehr in der Sachverhaltsfeststellung liegt.

Neben der Schwierigkeit der Ueberprüfung von fremden Entscheiden zugrundeliegenden Sachverhalten bietet auch die Abklärung der Tatumstände bei selbständiger Gesetzesanwendung, insbesondere bei der unmittelbaren Ausführung von Zwang, nicht zu unterschätzende Probleme. Es ist daher wichtig, einzusehen, dass jede Beurteilung eines Sachverhaltes ein Wahrscheinlichkeitsurteil mit mehr oder weniger grossen Unsicherheitsfaktoren darstellt.

b) In der Literatur vertretene Standpunkte

In konsequenter Ausgestaltung des Prinzips der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen hält eine Mindermeinung in der neueren Literatur dafür, die Voraussetzungen bezüglich der Sachverhaltsfeststellung aus dem Gesichtswinkel des Täters zu bestimmen (81). Der Angegriffene handelt danach beispielsweise im Falle der Notwehr rechtmässig, wenn er die tatsächlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung seines allfälligen Sonderwissens für gegeben halten durfte (82).

80) Vgl. oben, 20 f.

81) Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 401. Lenckner, Das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung, 181. Münzberg, Verhalten und Erfolg, 235 ff. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert, 240 f.

82) Bockelmann, Strafrecht, AT, 94.

Unklar ist, ob auch das Bundesgericht dieser Auffassung ist. Immerhin hat es in BGE 102 IV 69 ausgeführt, "die unvermittelte Abgabe gezielter Schüsse auf Witschi und die drei anderen Personen wäre nach den Umständen nur angemessen und damit gerechtfertigt gewesen, wenn die Warnschüsse, sofern sie wirkungslos geblieben wären, faktisch die Möglichkeit noch rechtzeitiger Abwehrschüsse gegen die vermeintlichen Angreifer aufgehoben hätten."

Gegen diese Beurteilung der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe vom Standpunkt ex ante wendet die sich mit dem erwähnten Problem auseinandersetzen- de Lehre - wohl im Sinne der herrschenden Meinung - ein, zufolge der Tatsache, dass das Urteil über die Rechtmässigkeit eines Eingriffs in strafrechtlich geschützte Rechtsgüter nicht nur aus dem Blickwinkel des Handelnden, sondern ebenso aus jenem des Betroffenen zu fällen sei, müsse gefolgert werden, handlungsbezogene Elemente hätten ausser Betracht zu bleiben (83). Diese Ueberlegung ist sicher richtig, da dem vom rechtswidrigen Eingriff Betroffenen zu dessen Abwehr regelmässig das Recht zur Notwehr erwächst, falls diesbezüglich keine Einschränkungen gemacht werden. Nach dieser Ansicht muss somit beispielsweise im Falle der Notwehr trotz der Schwierigkeiten, die sich für die Erkennbarkeit der Notwehrvoraussetzungen ergeben, die Zulässigkeit der Abwehr vom Standpunkt ex post aus beurteilt werden, weil das Irrtumsrisiko nicht allein dem Angreifenden aufgebürdet werden könne. Eine Ex-ante-Beurteilung findet danach nur bei den Merkmalen prognostischer Natur statt (84).

In den Fällen, in denen die der Wirklichkeit entsprechende Beurteilung der Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe zwar für den Täter aus seiner Sicht unmöglich, wohl aber für den Richter nachträglich durchführbar ist, sollen allfällig stossende Ergebnisse im Rahmen der Bemessung der Schuld korrigiert werden, indem die Vorwerfbarkeit des Verhaltens als vermindert bzw. ausgeschlossen zu betrachten sei (85).

Bei der Frage des Widerstandsrechtes des Bürgers gegenüber dem unmittelbaren Zwang anwendenden Beamten sieht sich die im Hinblick auf die Frage der Rechtswidrigkeit hoheitlichen Verhaltens vom wirklichen und nicht vom erkennbaren Sachverhalt ausgehende Lehre genötigt, Zugeständnisse an die handlungsbezogene Unrechtslehre zu machen, da man dem Vollzugsbeamten infolge seines besonderen Schutzbedürfnisses nicht das gesamte Irrtumsrisiko aufbürden will. In diesem Sinne kann sich nach jener Auffassung der Voll-

83) Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 144 f. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 35 Vorbem. zu § 51. Jeschek, Lehrbuch, 266. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 381. Schönte/Schröder, N. 10 a Vorbem. zu §§ 32 ff.

84) Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 144. Schönte/Schröder, N. 10 a Vorbem. zu §§ 32 ff.

85) Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 145 f.

zugsbeamte in gewissem Umfang über die Grundlagen seines Eingriffs irren, ohne dass deshalb sein Verhalten rechtswidrig wird und sich der Pflichtige zur Wehr setzen darf (86). Massgebend ist, ob der Beamte "in der Vollstreckungssituation bei pflichtgemässer Würdigung der ihm bekannten Umstände zur Annahme der Vollstreckungsvoraussetzungen gelangen durfte" (87). In begrifflicher Hinsicht unzutreffend ist es, wenn darauf abgestellt wird, ob der Beamte die objektiven Voraussetzungen nach pflichtgemäßem Ermessen geprüft hat (88), da es diesbezüglich nicht um Ermessensfragen, sondern um Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe, d.h. um die Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen geht (89).

Zur Begründung dieses staatlichen Irrtumsprivilegs wird einerseits auf die Notwendigkeit hingewiesen, den Vollzugsbeamten zu schützen und seine Entscheidungskraft zu stärken, während es andererseits richtigerweise als unmöglich betrachtet wird, staatliche Aufgaben zu erfüllen, wenn nur bei absoluter

86) Früh, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, 11. Hafter, BT, 714, Anm. 2. Sidler, Widersetzlichkeit, 80. v.Bubnoff, Leipziger Kommentar, N. 33 zu § 113. Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 150 ff. Jeschek, Lehrbuch, 315. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 136 Vorbem. zu § 51. Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 425. Rehbinder, Rechtmässigkeit der Amtsausübung, 39. Schönke/Schröder, N. 86 Vorbem. zu §§ 32 ff. und N. 27 ff. zu § 113. Wagner, Amtsverbrechen, 324 ff. Welzel, Strafrecht, 503. Jellinek, Verwaltungsrecht, 21, spricht vom "grossen Vorrecht des Staates, sich irren zu dürfen".

Grundsätzlich darf der durchzusetzende Entscheid unter strafrechtlichen Gesichtspunkten rechtswidrig und damit auch die entsprechende Sachverhaltsfeststellung fehlerhaft sein, sofern jener dadurch nur nicht unverbindlich wird.

87) Schönke/Schröder, N. 27 zu § 113.

Von verschiedenen Autoren wird das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung unter anderem im Falle hoheitlicher Eingriffe, wenn deren sachliche Voraussetzungen fehlen oder zufolge der Gefahr überschüssender Erfolge ein "erlaubtes Risiko" besteht, als subjektives Rechtfertigungselement betrachtet. In einer solchen Situation nämlich habe der Täter alles zu tun, um das Risiko einer derartigen Verletzung auf ein Minimum zu reduzieren. Vgl. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 39 zu § 51. Jeschek, Lehrbuch, 265. Lenckner, Das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung, 178 ff.

Diese Konstruktion eines subjektiven Rechtfertigungselementes der "pflichtgemässen Prüfung" ist nur deshalb nötig, weil die Berücksichtigung des "erlaubten Risikos" nicht schon im Rahmen der Festlegung der Sorgfaltspflichten unter dem Gesichtspunkt des Blickwinkels ex ante erfolgt, wie dies im Rahmen dieser Arbeit vorgeschlagen wird.

88) Hafter, BT, 714, Anm. 2 mit Nachweisen. Jeschek, Lehrbuch, 315.

89) Vgl. oben, 15.

Gewissheit über das Vorliegen der gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen gehandelt werden dürfte (90).

c) Versuch einer differenzierten Lösung

Da der Vollzugsbeamte sowohl die Verbindlichkeit von zur Vollstreckung angeordneten als auch von ihm selbst erlassenen Entscheiden zu prüfen hat, muss er abklären, ob der Sachentscheid und die Festsetzungsverfügung auf Tatsachen beruhen, die nicht in einem solchen Masse von den erkennbaren oder tatsächlich vorhandenen abweichen, dass die folgerichtig darauf basierenden Hoheitsakte offensichtlich rechtswidrig sind.

Massgebend für die Beurteilung einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung durch die Annahme eines von der Wirklichkeit abweichenden Sachverhaltes ist somit neben dem tatsächlichen der vom Standpunkt ex ante erkennbare Sachverhalt. Man hat sich jedoch vor Augen zu halten, dass die Sorgfaltspflichtverletzung nicht nur im Nichterkennen des unrichtig festgestellten Sachverhaltes, sondern zusätzlich in der Vollstreckung des darauf basierenden, erkennbar rechtswidrigen Hoheitsaktes besteht. Die unrichtige Sachverhaltsfeststellung allein verletzt noch keine Sorgfaltspflicht, sondern erst das durch das Nichterkennen der qualifizierten Fehlerhaftigkeit des Aktes ausgelöste Verhalten.

90) Vgl. oben, 155.

A.M. Rostek, NJW 25 (1972), 1335 f., nach dessen Ansicht es für die Erhaltung der Entschlusskraft des Beamten nur darauf ankommt, dass jener keine Bestrafung fürchten müsse, was richtigerweise über den Schuldausschluss zu bewirken sei. Eine ähnliche Ansicht vertritt Wagner, Amtsverbrechen, 331, der darüber hinaus "in Fällen leichtester Fahrlässigkeit, die dem pflichtgetreuesten Amtswalter unterlaufen kann", fordert, dass das Verfahren eingestellt werde.

Es ist als zumindest fraglich zu bezeichnen, ob die Entschlusskraft des Vollzugsbeamten auf diese Weise ungebrochen bleibt, wenn sein Verhalten trotz Wahrung grösstmöglicher Vorsicht und Rechtstreue als rechtswidrig qualifiziert werden kann und er deshalb vom betroffenen Bürger gestützt auf Notwehr zu Recht angegriffen werden darf.

Der Weg über den Schuldausschluss ist m.E. in diesem Zusammenhang ungangbar und zeigt deutlich, zu welch unbefriedigenden Ergebnissen die Ausserachtlassung des Könnens und der Fähigkeiten des Strafrechtsnormadressaten bei der Aufstellung des Sorgfaltsmassstabes führen muss.

In konsequenter Ausführung der hier vertretenen Auffassung von der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen und damit dem massgeblichen Urteilszeitpunkt über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens muss für die Prüfung der Verbindlichkeit der der Vollstreckungshandlung zugrundeliegenden Hoheitsakte derjenige Sachverhalt massgebend sein, den der Beamte bei Beachtung pflichtgemässer Sorgfalt erkennen konnte und musste.

Die Tatsache, dass die vom Standpunkt ex ante erkennbare und nicht die nachträglich erkannte Tatsituation Grundlage der Rechtswidrigkeitsermittlungen zu bilden hat, ergibt sich aus der Beschränkung des Inhalts der Sorgfaltspflichten nach dem Prinzip des Könnens, indem vom Normadressaten entsprechend dem Grundsatz "ultra posse nemo tenetur" bezüglich der Sachverhaltsfeststellung nicht mehr verlangt werden kann, als dies in der Situation des potentiellen Täters überhaupt möglich ist (91).

Daraus folgt, dass nicht nur bei hoheitlichem Verhalten, sondern in jedem Fall auf den Sachverhalt abzustellen ist, wie er sich dem potentiellen Täter nach pflichtgemässer Prüfung der tatsächlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen dargestellt hat, indem jenes Kriterium nicht aus öffentlichrechtlichen Grundsätzen, sondern aus dem Fahrlässigkeitsbegriff abzuleiten ist. Ist der Täter irrig von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, so kann sein Verhalten entsprechend dem Prinzip der Ex-ante-Beurteilung dann nicht rechtswidrig sein, wenn er bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtfertigung die von der Rechtsordnung gebotenen, unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse und der gegebenen Umstände konkretisierten Sorgfaltspflichten beachtet hat. Das erwähnte Kriterium der pflichtgemässen Prüfung des Sachverhaltes entspricht mit anderen Worten den von der personalen Unrechtslehre aus dem Sorgfaltsbegriff abgeleiteten Anforderungen.

Somit ist für die Ermittlungen über die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens nicht die Differenz zwischen dem vom Täter vorgestellten und dem wirklichen, sondern jene zwischen dem vorgestellten und dem erkennbaren Sachverhalt massgebend. In diesem Sinne ist auf den objektiven Anschein abzustellen (92), wobei ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit als Wahrheit zu fingieren ist.

91) Vgl. oben, 100 ff.

92) Hoffmann-Riem, "Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverursachung", 327 ff.

Bezeichnenderweise lässt das Strafgesetzbuch bei der Umschreibung der tatsächlichen Voraussetzungen des Notstandes gemäss Art. 34 StGB die Möglichkeit offen, auf den Anschein und damit auf eine Ex-ante-Beurteilung abzustellen, indem es die Rechtmässigkeit des Eingriffs von einer "Gefahr" für bestimmte Rechtsgüter abhängig macht (93).

Ausdrücklich wird im Bereich des Polizeirechts auf die Notwendigkeit von Wahrscheinlichkeitsurteilen hingewiesen (94), woraus das Bemühen um an die Fähigkeiten des Vollzugsbeamten bzw. an das Machbare angepasste öffentlich-rechtliche Pflichten ersichtlich wird.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind derartige Umschreibungen unter dem Gesichtspunkt des Strafrechtes irrelevant, da das von der Rechtsordnung erwartete Können des Vollzugsbeamten bei der Statuierung der Sorgfaltspflichten ohnehin zu berücksichtigen ist.

In der Praxis wäre es denn auch völlig unmöglich, vom Vollzugsbeamten zu verlangen, er dürfe nur die Wirklichkeit zur Grundlage seines Handelns machen, da eine derartige Pflicht beim hoheitlich gebotenen Handeln voraussetzen würde, dass der Befehlsempfänger die tatsächlichen Grundlagen des zu vollziehenden Entscheides selbst überprüft, während bei der unmittelbaren Gesetzesvollziehung im Falle von Zeitdruck auf ein Einschreiten verzichtet

93) Kaufmann, Lehre des personalen Unrechts, 401. Wagner, Amtsverbrechen, 328. Vgl. auch BGE 75 IV 52, wo der Beschwerdeführerin zugestanden wurde, sie habe annehmen dürfen, die Gefahr sei nicht vorbei, bis sie das Haus verlassen habe (... "elle pouvait admettre que le danger ne prendrait pas fin avant qu'elle eût quitté la maison."), bzw. sie habe die ausgestossenen Drohungen ernst nehmen dürfen (... "autaurisaient la recourante ... à prendre au sérieux les menaces proférés.")

94) In diesem Sinne ist die Umschreibung in Art. 2 Ziff. 3 lit. b MuDA 76 zu verstehen, wonach dann von der Schusswaffe Gebrauch zu machen ist, wenn die Polizei "aufgrund erhaltener Informationen oder aufgrund persönlicher Feststellungen annehmen darf oder muss, dass Personen für andere eine unmittelbar drohende Gefahr an Leib und Leben darstellen...". Ähnlich wird in verschiedenen deutschen Gesetzen sowie in § 42 Abs. 1 Ziff. 3 DMuE verlangt, dass sich der Geschehensablauf dem einschreitenden Beamten "den Umständen nach als Verbrechen ... darstellt" bzw. der Festzunehmende "eines Verbrechens dringend verdächtig ist und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie (sc. die Person) Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich führt". (Zitate der entsprechenden Bestimmungen der einzelnen Länder bei Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 59).

werden müsste, wenn der rechtlich erhebliche Sachverhalt in der zur Verfügung stehenden Zeitspanne nicht genügend genau abgeklärt werden kann. Im Falle des Handelns auf Anordnung hätte der Beamte etwa vor der Verhaftung eines im schweizerischen Polizeianzeiger oder in der Sendung des zweiten deutschen Fernsehens "Aktenzeichen XY ungelöst" zur Fahndung ausgeschriebenen Verbrechers die der strafprozessualen Massnahme zugrundeliegenden Umstände selbst zu überprüfen bzw. weitergehende Abklärungen zu treffen, was sinnvollerweise nur am jeweiligen Ort des Geschehens in Zusammenarbeit mit dem zuständigen Sachbearbeiter möglich wäre. Bei unmittelbarer Gesetzesanwendung könnte der Beamte insbesondere auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr nur noch in Ausnahmefällen tätig werden, da die Feststellung des Ausmasses einer Gefahr für geschützte Rechtsgüter immer nur aufgrund eines Wahrscheinlichkeitsurteils möglich ist. So wäre es beispielsweise vom Standpunkt ex ante aus unmöglich, die von einem, den Bankkassierer mit einer Pistole bedrohenden Räuber ausgehende Gefahr exakt zu bestimmen, da in einer solchen Situation die für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Faktoren regelmässig unbekannt sind; so ist etwa unklar, ob es sich im erwähnten Fall um eine Spielzeugpistole oder eine funktionstüchtige Schusswaffe handelt, ob und mit welcher Munition die letztere geladen ist, ob und wie bzw. unter welchen Umständen der Drohende von der Schusswaffe Gebrauch machen würde usw. Diese Beispiele zeigen, dass der Beamte, wollte man bei den Voraussetzungen der Rechtfertigung auf den wirklichen Sachverhalt abstellen, sich nur dann strafrechtmässig verhalten könnte, wenn er untätig bliebe (95).

Nun folgt aber aus der Tatsache, dass aufgrund der Auslegung des Fahrlässigkeitsbegriffs - und keineswegs gestützt auf eine rechtlich unbegründete Privilegierung des Beamten - bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens bezüglich der Sachverhaltsfeststellung nicht auf die Differenz zwischen vorgestelltem und wirklichem, sondern auf jene zwischen vorgestelltem und sorgfaltsgemäss vorstellbarem Sachverhalt abzustellen ist, folglich auch der Bürger hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung gleich zu behandeln ist.

95) Wenn davon abgesehen wird, dass er sich auch dann strafbar machen kann, z.B. wegen Begünstigung (Art. 305 StGB), und in jedem Fall seine öffentlichrechtlichen Pflichten verletzt.

Dabei wird keineswegs verkannt, dass der rechtlich erhebliche Wissensstand betreffend die tatsächlichen Voraussetzungen der Zwangsanwendung beim Vollzugsbeamten einerseits und beim vom polizeilichen Zwangsmittel Betroffenen andererseits unterschiedlich sein kann, da nicht jede, sondern nur die pflichtwidrige Unvorsichtigkeit bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtfertigung als fahrlässig und damit als rechtswidrig zu betrachten ist. Folglich ist es möglich, dass der hoheitliche Eingriff vom Standpunkt des betroffenen Bürgers infolge seines höheren Wissensstandes als rechtswidrig zu qualifizieren ist, obschon dem Vollzugsbeamten bezüglich der Sachverhaltsprüfung keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Der mit der Plastikpistole drohende Bankräuber wird, da er um die Ungefährlichkeit seiner "Waffe" weiss, den mit dem Ziel der Gefahrenabwehr durch den Polizeibeamten auf seinen Oberschenkel abgefeuerten Schuss als rechtswidrigen Angriff beurteilen, während die Schussabgabe aus dem Gesichtswinkel des Beamten als rechtmässig zu qualifizieren ist. In dieser Konstellation besteht somit grundsätzlich die Möglichkeit der rechtmässigen Abwehr eines ebenfalls rechtmässigen, hoheitlichen Eingriffs. Folglich stellt sich die Frage, wie die aufgezeigte Diskrepanz hinsichtlich der Rechtswidrigkeitsurteile bei unterschiedlicher Sachverhaltskenntnis des Vollzugsbeamten auf der einen sowie des Bürgers auf der anderen Seite zu beurteilen ist respektive wie das entsprechende Irrtumsrisiko von den Parteien zu tragen ist. Die Antwort auf diese Frage kann dem Gesetz nicht entnommen werden, weshalb sie auf dem Weg richterlicher Rechtsfindung zu suchen ist (96). Grundsätzlich ist dabei davon auszugehen, dass der Vollzugsbeamte aufgrund öffentlichrechtlicher Normen, d.h. im Interesse des Gemeinwesens verpflichtet ist, sich tatbestandsmässig zu verhalten, während der Widerstand gegen Amtshandlungen keine Pflicht, sondern eine Befugnis darstellt. Richtigerweise wird deshalb - wenn auch in anderem Zusammenhang und mit anderer Begründung - überwiegend angenommen, das Irrtumsrisiko müsse dem von der hoheitlichen Massnahme betroffenen Bürger auferlegt werden, wenn man nicht in Kauf nehmen will, dass die Entschlusskraft und der Einsatzwille des Beamten in unerträglicher Weise geschwächt wird (97). Dieselbe Inter-

96) Diesen Weg schlägt offenbar auch Felber, Rechtswidrigkeit des Angriffs, 157 ff. ein.

97) Vgl. oben, 156 f.

essenabwägung liegt grundsätzlich den oben erwähnten polizeilichen Eingriffsnormen zugrunde (98), indem jene ebenfalls die Frage der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Massnahme aus dem Gesichtswinkel des Vollzugsbeamten bestimmen. Auch die Lösung, nach welcher das hoheitliche Verhalten zu rechtfertigen ist, wenn das subjektive Rechtfertigungselement der pflichtgemässen Prüfung gegeben ist, während ein allfälliger Widerstand nur dann erlaubt ist, wenn der betroffene Bürger von der wirklichen Sachlage ausgeht, verlagert das Irrtumsrisiko zuungunsten des letzteren (99).

Somit sind die sich aus der unterschiedlichen Sachverhaltskenntnis des Vollzugsbeamten und Zwangsunterworfenen entstehenden Differenzen bei der Bewertung hoheitlichen Verhaltens nach der hier vertretenen Ansicht in der Weise zu beseitigen, dass einerseits der Polizeipflichtige die Sachlage so, wie sie sich für den Polizeibeamten erkennbar darstellt, gelten lassen muss, und dass der letztere andererseits verpflichtet wird, zusätzliche Abklärungen über den Sachverhalt zu tätigen, wenn dies möglich und entsprechend den Sorgfaltspflichten erforderlich ist und sein Vertrauen in dessen Richtigkeit nicht gerechtfertigt erscheint.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen Gr., zusammengestellt nach dem dem Einstellungsbeschluss der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 27. September 1974 zugrundeliegenden Sachverhalt.

In der Nacht vom 4./5. August 1974 war der Polizeibeamte L. von einem Unbekannten niedergeschossen und schwer verletzt worden. Aufgrund des Signalements wurde als Täter der gefährliche Berufsverbrecher Gr. vermutet. Nach diesem richtete sich in der Folge die Fahndung. Am Nachmittag des 7. August 1974 wurde in der Gegend von M. eine demolierte Registrierkasse gefunden, die nach einer von Gr. praktizierten Methode gestohlen worden war. Fast gleichzeitig wurde gemeldet, dass ein Unbekannter, bei dem es sich vermutlich um Gr. handle, mit einem gestohlenen weissen Mercedes unterwegs sei. Später ging die Meldung ein, dieser Wagen sei beschädigt aufgefunden, jedoch gleichenorts ein roter Peugeot gestohlen worden. Es wurde vermutet, dass ebenfalls Gr. dieses Fahrzeug behändigt und zur Flucht benutzt habe. Die beiden Polizeibeamten G. und O., die an der Fahndung nach dem Lenker des roten Peugeot beteiligt waren, konnten diesen ausfindig machen und dessen Verfolgung aufnehmen. Als die Beamten beim Abbiegen nahe an das Fluchtfahrzeug aufzuschliessen

98) Vgl. oben, 159.

99) Vgl. oben, 155 f., insbesondere Anm. 87.

vermochten, konnte G. den Lenker für kurze Zeit sehen, wobei er zur Ueberzeugung gelangte, es handle sich bei diesem um den gesuchten Gr.

Inzwischen war der Flüchtende in horrendem Tempo in eine Bergstrasse eingebogen, wo er selbst unübersichtliche Kurven so riskant "schnitt", dass die Beamten nur mit Mühe zu folgen vermochten. Weder durch das eingeschaltete Blaulicht mit Sirene noch durch Warnschüsse und einen Schuss in die Heckscheibe liess sich der verfolgte Lenker von der Flucht abhalten.

Im weiteren Verlauf der Flucht streifte der Flüchtende mit seinem Wagen ein entgegenkommendes Fahrzeug und konnte den Abstand zu den Verfolgern durch sein risikovolles Fahren vergrössern.

Plötzlich gewahrten O. und G. den Peugeot vor sich rechts neben dem Strassenrand im Gebüsch. Der Fahrer hatte offensichtlich in der vorausgehenden scharfen Linkskurve die Herrschaft über das Fahrzeug verloren. Die Beamten hielten ihren Wagen ca. 5 m hinter dem Peugeot an. O. verliess das Polizeifahrzeug durch die rechte Vordertüre und sah, wie der Verfolgte eine ausholende Bewegung mit den Händen nach rechts machte. Auf diese Bewegung, die er als unmittelbare Bedrohung für G. und sich selbst auffasste, gab er aus der Hüfte zwei Schüsse auf den Peugeot ab. Auch G. deutete die Bewegung als Griff zur Waffe und gab in Richtung der Gestalt einen Schuss ab. Polizist W., der inzwischen ebenfalls am Ort eingetroffen war, begab sich zum Peugeot und zog den leblosen Lenker aus dem Wagen, der infolge eines Herzdurchschusses auf der Stelle verschied.

Erst später stellte sich heraus, dass es sich beim Lenker des Peugeot nicht um den gesuchten Gr., sondern um D. gehandelt hatte, der den Mercedes und anschliessend den Peugeot für eine anscheinend planlose Fahrt gestohlen hatte, wobei sich die beiden Straftäter offensichtlich im Aussehen sehr stark glichen.

Die Anklagekammer des Kantons St. Gallen begründete ihren Einstellungsbeschluss damit, dass die Beamten aufgrund des Verhaltens des Flüchtenden zum Schluss kommen mussten, sie hätten "es mit einem rücksichtslosen und zu allem entschlossenen Schwerverbrecher, eben mit Gr. zu tun". Indem sie sich "um der eigenen Sicherheit willen und um dem gefährlichen Kriminellen ein weiteres Entkommen mit allen unabsehbaren Folgen zu verunmöglichen, zum Waffengebrauch entschlossen", hätten sie die gesetzlichen Bestimmungen beachtet. Daran vermöge der Umstand, dass der Fliehende in Wirklichkeit nicht der gesuchte Gewaltverbrecher Gr., sondern ein vergleichsweise harmloser Autodieb und Strolchfahrer war, nichts zu ändern. Massgebend sei, was die Beamten im Zeitpunkt, als sie sich zum Gebrauch der Schusswaffe entschlossen, von der Sachlage halten mussten. Sie hätten sich hinsichtlich der Identität der flüchtenden Person in einem unverschuldeten, wesentlichen Irrtum gemäss Art. 19 Abs. 1 StGB befunden und "unter diesem Irrtum seien sie ihrer Dienstpflicht korrekt nachgekommen".

Dieser Fall zeigt deutlich, wie aufgrund von Fahndungshinweisen, Signalemen-

ten und Funkmeldungen sowie eigener Tatsachenfeststellung einerseits und infolge aussergewöhnlichen Verhaltens des Polizeipflichtigen andererseits trotz pflichtgemässer Einschätzung der Lage seitens der Polizeibeamten von einem von der Wirklichkeit weit entfernten Sachverhalt ausgegangen werden kann. D. war weder ein Schwerverbrecher, noch hat er die Beamten in Wirklichkeit bedroht. Da jene aufgrund pflichtgemässer Beurteilung der Sachlage zur Auffassung kommen mussten, es handle sich beim Flüchtenden um einen der Polizei bekannten Schwerverbrecher, war die von ihnen erlassene Festsetzungsverfügung - Durchsetzung der Festnahme unter Gebrauch der Schusswaffe - nicht offensichtlich rechtswidrig (100). Das Verhalten war deshalb gestützt auf Art. 32 StGB rechtmässig und nicht nur, wie vielleicht aus dem Einstellungsbeschluss herausgelesen werden könnte, zu entschuldigen.

Im Sinne einer Klarstellung ist an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass nicht jede brusche Bewegung eines gestellten, flüchtenden Autofahrers als Angriff auf die kontrollierenden Beamten aufgefasst werden darf, sondern dass jene erst im Zusammenhang mit weiteren Faktoren diese Bedeutung erlangen kann. So hat der Polizeibeamte - soweit irgendwie möglich - in erster Linie selbst die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass derartige abrupte Bewegungen unterbleiben. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich m.E., jede Tätigkeit in sinnvoller Reihenfolge zu kommandieren. Der Beamte kann dem Lenker beispielsweise befehlen, die Hände im Nacken zu falten, mit der rechten Hand die Handbremse anzuziehen, den Motor abzustellen und den Schlüssel aus dem Fenster zu werfen. Vergisst er etwa, das Anziehen der Handbremse zu befehlen und beginnt der Wagen leicht zu rollen, so muss damit gerechnet werden, dass der Lenker reflexartig nach der Bremse greift, ohne dass daraus auf eine Angriffshandlung geschlossen werden dürfte; dies gilt m.E. auch dann, wenn der Beamte nicht bemerken sollte, dass der Wagen zu rollen beginnt.

100) Aufgrund des im Einstellungsbeschluss aufgeführten Sachverhaltes ist nicht klar, ob die Beamten in hoheitlicher Funktion einschreiten oder vom Notwehr- bzw. Notwehrhilferecht Gebrauch machen wollten; hier wird davon ausgegangen, der Schusswaffengebrauch sei als hoheitliche Anwendung unmittelbaren Zwanges zu betrachten.

Beispiel: Schusswaffengebrauch in Sachen B., zusammengestellt nach dem einem Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 25. Mai 1979 (II. Str. K. Nr. 15/79 A) zugrundeliegenden Sachverhalt.

Am 30. Januar 1975 nahm die Polizei in Zürich einen Algerier wegen Mittel- und Schriftenlosigkeit fest, der, wie sich im Laufe der Ermittlungen herausstellte, einen falschen Namen angab und erklärte, sein Pass und seine Papiere seien im Auto seines Kollegen, den er hier in Zürich treffen werde.

Polizist H. hatte den Auftrag, mit B. die nähere Umgebung des von jenem umschriebenen Treffpunktes nach dessen Freund abzusuchen. Polizist H. wurde dahingehend instruiert, er solle zwar aufpassen, jedoch handle es sich bei B. nicht um einen fluchtgefährlichen Mann, sondern lediglich um einen "Ausschäffeler". Schon bei der Uebernahme des B. scheint Polizist H. misstrauisch geworden zu sein und zeigte jenem seine Dienstpistole, um ihn darauf aufmerksam zu machen, dass er bei einem Fluchtversuch unter Umständen auf ihn schießen werde (101).

Als der Arrestant nicht in der Lage war, das Lokal zu bezeichnen, wo sich sein Bekannter aufhalten sollte, wurde H. argwöhnisch und glaubte, es handle sich bei jenem um mehr als einen auszuschaffenden Ausländer. Sein Verdacht verhärtete sich, als sich B. immer mehr von der Gegend entfernte, wo er nach eigenen Aussagen den Bekannten anzutreffen hoffte, worauf H. beschloss, jenen in die Polizeikaserne zu bringen. In einem für ihn günstigen Moment ergriff B. plötzlich die Flucht und setzte sie trotz mehrmaliger Halterufe in deutscher und französischer Sprache fort. Er rannte durch eine Hofeinfahrt, sprang nach etwa 30 m über ein ca. 1,45 m hohes Eisentor und floh in Richtung eines ca. 12 m hinter dem Tor befindlichen, etwa 1,60 m hohen Drahtgeflechtzaunes. Im Zeitpunkt, als B. diesen Zaun zu überwinden suchte, gab H. einen Schuss auf dessen Knie ab. Auf der entfernteren Seite des Hindernisses sank B. tödlich getroffen zusammen. Möglicherweise wurde der Flüchtende deshalb ins Herz getroffen, weil er nach dem Sprung vom Drahtgeflechtzaun im Moment der Schussabgabe in die Knie gegangen war.

In seiner Einstellungsbegründung billigte das Obergericht dem Angeschuldigten zu, er habe gewichtige Gründe zur Auffassung gehabt, er habe es mit einem gefährlichen Verbrecher zu tun, den er nur mit der Waffe zu stellen vermöge. Im weiteren führte es aus, wer unter solchen Umständen fliehe, tue das sinnvollerweise nur, wenn er ein gehöriges Interesse daran habe, sich der Polizei zu entziehen. Indem B. das Risiko auf sich genommen habe, trotz mehrerer Warnrufe weiterzufliehen, könne für H. kein

101) Diese Androhung ging m.E. zu weit, da in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für den Gebrauch der Schusswaffe nicht gegeben waren und da es fraglich ist, ob B. verstanden hat, dass ihm der Gebrauch der Schusswaffe nur für den Fall angedroht wurde, dass er zu fliehen versuche.

vernünftiger Zweifel mehr bestanden haben, dass sich jener eines schwerwiegenden Deliktes schuldig gemacht habe, obwohl man keineswegs allgemein davon ausgehen könne, dass jeder, der fliehe, auch etwas Schwerwiegendes auf dem Kerbholz habe.

Auch dieser Fall zeigt anschaulich, wie schwierig es im Einzelfall sein kann, den Sachverhalt wirklichkeitsnah zu erkennen. Es ging hier entsprechend den gesetzlichen Voraussetzungen des gezielten Schusswaffengebrauchs darum, ob B. aufgrund der bekannten und erkennbaren Umstände verdächtigt werden durfte und musste, ein schweres Vergehen oder Verbrechen begangen zu haben. Wenn das Obergericht in seinem Urteil festhielt, dies sei vom Standpunkt des H. aus gesehen der Fall gewesen, jener habe somit keine Sorgfaltspflichten verletzt, so ist dies zwar vertretbar, jedoch muss festgehalten werden, dass damit von der untersten Grenze des in diesem Fall zu beachtenden Sorgfaltspflichtenrahmens ausgegangen wurde; dies kommt auch im Urteil deutlich zum Ausdruck, indem darauf hingewiesen wird, dass die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten bei der Bemessung der Sorgfaltspflicht zu berücksichtigen sind, was sich hier wohl zugunsten von H. ausgewirkt haben dürfte, da er erst kurz vor der Tat die Polizeirekrutenschule absolviert hat.

2.3.1.2. Bestimmung der Sorgfaltspflichten bei der Würdigung der Verbindlichkeit hinsichtlich der Ueberprüfung der Subsumtion

a) Ausgangslage

Während im vorangehenden Abschnitt geprüft wurde, welche Sorgfaltspflichten den Vollzugsbeamten bei der Prüfung der Verbindlichkeit des durchzusetzenden Entscheides unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Umstände der Aussenwelt treffen können, geht es im folgenden um die Abklärung der Frage, in welchem Ausmass der zu vollstreckende Entscheid zufolge fehlerhafter Rechtsanwendung rechtswidrig sein muss, damit er als unverbindlich zu betrachten ist, wenn im übrigen bei der Feststellung des Sachverhaltes keine Sorgfaltspflichten verletzt worden sind. Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass die rechtliche Subsumtion unter einen sorgfaltsgemäss ermittelten Sachverhalt fehlerhaft sein kann, ohne dass die entsprechende Vollstreckungshandlung zufolge unzutreffender Beurteilung der

Rechtfertigungstatbestandsmerkmale "Verbindlichkeit" bzw. "Unverbindlichkeit" als rechtswidrig zu betrachten ist.

Bezüglich der Abgrenzung der verbindlichen von den unverbindlichen Rechtsakten wurde aufgrund allgemeiner Erwägungen bereits festgehalten, dass es der Vermutung der Rechtmässigkeit staatlicher Hoheitsakte zugrundeliegenden Wertabwägung widerspricht, wenn nicht nur offensichtlich rechtswidrige, sondern auch solche Rechtsakte als unverbindlich bezeichnet werden, die zwar eine besonders schwere Rechtsverletzung bewirken, deren Rechtswidrigkeit aber nicht offensichtlich ist. Es bleibt zu prüfen, ob durch die negative Festlegung der Sorgfaltspflichtinhalte unter Berücksichtigung des Könnens des Vollzugsbeamten, d.h. also aufgrund speziell strafrechtlicher Erwägungen, jene These bestätigt wird.

Im übrigen sei in Erinnerung gerufen, dass die fehlerhafte Beurteilung der Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit eines staatlichen Aktes durch den Vollzugsbeamten im Zusammenhang mit der Annahme der Voraussetzungen der Rechtfertigung nicht ins Gebiet der Lehre vom Rechtsirrtum gehört, sondern nach den Grundsätzen über die Sachverhaltsfeststellung zu behandeln ist. Dabei ist zu beachten, dass die Merkmale des objektiven Rechtfertigungstatbestandes - um solche handelt es sich bei den Elementen "Verbindlichkeit" bzw. "Unverbindlichkeit" - nicht nur durch sinnlich wahrnehmbare Umstände der Aussenwelt bestimmt sind, sondern ihrerseits bereits Gegenstand rechtlicher Würdigung sein können (102).

b) Die Feststellbarkeit qualifiziert fehlerhafter Rechtsanwendung

Aus der Tatsache, dass nichtige Hoheitsakte nicht vollstreckt werden dürfen und müssen, während alle anderen verbindlich sind, kann entsprechend den vorstehend gemachten Ausführungen nur dann auf das Bestehen entsprechender strafrechtlicher Pflichten geschlossen werden, wenn jene öffentlichrechtlichen Pflichten keinen strafrechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Prinzip des Könnens, zuwiderlaufen (103). Bei der Frage, ob die öffentlichrechtliche Pflicht, nichtige Hoheitsakte nicht zu vollstrecken, unter dem Gesichtspunkt

102) Vgl. oben, 94.

103) Vgl. oben, 100 ff., 135.

des Könnens des Vollzugsbeamten Inhalt einer entsprechenden strafrechtlichen Sorgfaltspflicht sein kann, ist davon auszugehen, dass die Anforderungen bezüglich der nicht offensichtlich rechtswidrigen, jedoch zufolge besonders schwerer Rechtsverletzung trotzdem nichtigen Hoheitsakte zu hoch sind. Einerseits verfügt im Falle hoheitlichen Handelns auf Anordnung derjenige, der den fehlerhaften Akt erlassen hat, regelmässig über eine bessere juristische Ausbildung als der Vollzugsbeamte, da er als Vorgesetzter eine höhere Stellung einnimmt als jener oder aber als Richter dazu berufen ist, Recht anzuwenden; er wäre daher eher in der Lage, Subsumtionsfehler seines eigenen Entscheides auszumachen. Andererseits setzt das Erkennen nicht offensichtlich rechtswidriger, jedoch trotzdem nichtiger Entscheide die Festlegung und gegenseitige Abwägung der im Spiele stehenden Interessen voraus, bedingt also, dass sich der Beamte eingehend mit den Hintergründen des zu vollstreckenden Aktes auseinandersetzt; selbst wenn er fachlich in der Lage wäre, diese Wertabwägung vorzunehmen, wäre es für ihn in seiner Stellung als Vollzugsbeamter und damit als unterstes Glied in der Hierarchie der Verwaltung kaum möglich, sich eigenständig über die im Spiele stehenden Interessen zu informieren und diese gegeneinander abzuwägen.

Beide Argumente wurzeln darin, dass die Entscheidung eines Gerichts bzw. einer der Vollstreckungsbehörde vorgesetzten Amtsstelle - aufgrund von entsprechend der staatlichen Garantie der Qualifikation des Amtswalters für dessen Wahl vorauszusetzenden Fähigkeiten - mit grösserer Wahrscheinlichkeit rechtmässig ist als jene des Vollzugsbeamten und dass dieser entsprechend seiner Funktion weder Gelegenheit noch Zeit hat, sich mit den Hintergründen des durchzusetzenden Entscheides auseinanderzusetzen.

Bei unmittelbarer Gesetzesvollziehung hat der Beamte zwar alle den Entscheid beeinflussenden Faktoren festzustellen und gegeneinander abzuwägen und wäre damit unter dem strafrechtlichen Gesichtspunkt des Könnens in der Lage, im eigenen Kompetenzbereich besonders schwere Rechtsverletzungen auszumachen; es wäre jedoch aufgrund genereller Erwägungen nicht zu begründen und wenig sinnvoll, wollte man den Entscheid über die Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit eines Aktes von der Person des Erlassenden respektive Vollstreckenden abhängig machen, da das Erkennen unverbindlicher Akte nicht nur für jene, sondern, wie noch zu zeigen sein wird, für den Bürger schlechthin möglich sein muss.

Aus diesem Grunde scheint es mir richtig, sowohl im Falle der Prüfung fremder als auch eigener Entscheidungen vom in beiden Fällen möglichen Kriterium der Offensichtlichkeit bzw. jenem der klaren Erkennbarkeit auszugehen.

Somit kann der Vollzugsbeamte nur die Unverbindlichkeit solcher Rechtsakte erkennen, deren Rechtswidrigkeit offensichtlich ist.

Dieses Ergebnis entspricht durchaus der Vermutung der Rechtmässigkeit staatlicher Akte, indem die grundsätzliche Garantie des Staates für die fachliche Qualifikation seiner Organe im jeweiligen Kompetenzbereich den Anspruch auf Respektierung seiner Hoheitsakte begründet, welcher letzterer nur dann erlischt, wenn jene so offensichtlich rechtswidrig sind, dass auch der juristisch unqualifizierte Bürger und Normadressat zweifelsfrei feststellen kann, dass jene äusseren Garantien deren Beachtung nicht mehr zu begründen vermögen (104). Eine Besonderheit ergibt sich bei der so umschriebenen Sorgfaltspflicht hinsichtlich des für die Kriterien der "Offensichtlichkeit" bzw. "leichte Erkennbarkeit" anzuwendenden Massstabes, indem die durch das Prinzip des Könnens erfolgende, negative Begrenzung des überhaupt möglichen Sorgfaltspflichtinhaltes zugleich in positiver Weise die vom Vollzugsbeamten zu beachtende Sorgfaltspflicht bestimmt. Es ist nämlich zu beachten, dass sich bezüglich der in Art. 18 Abs. 3 StGB geforderten Anpassung der Sorgfaltspflichten an die Verhältnisse des Täters gewisse Einschränkungen ergeben, indem die Frage, ob ein bestimmter Rechtsakt offensichtlich und erkennbar rechtswidrig ist, aus dem Gesichtswinkel jedes Rechtsgenossen in gleicher Weise zu beantworten ist. Es kann also nicht auf die Rechtskenntnis eines Polizeibeamten und eventuell sogar auf dessen allfälliges Sonderwissen ankommen, da jener möglicherweise sogar in der Lage ist, rechtliche Mängel festzustellen, die nur die Anfechtbarkeit des betreffenden Aktes zur Folge haben, sondern es muss darauf abgestellt werden, ob die Vermutung der Rechtmässigkeit für jedermann durchbrochen wird. Es leuchtet denn auch ohne weiteres ein, dass ein und derselbe Entscheid nicht gegenüber dem Rechtsgelehrten unbeachtlich, für den weniger rechtskundigen Bürger hingegen nur anfechtbar und daher verbindlich sein kann.

104) Vgl. oben, 20 f.

Aus diesem Grunde ist der Ansicht von Rostek zu widersprechen, der den Entscheid über die Verbindlichkeit eines Aktes von der Zeitspanne, die dem Befehlsempfänger zur Ueberprüfung zusteht, abhängig machen will (105), da sonst die Nichtigkeit in Relation zu den Fähigkeiten sowie den tatsächlichen Möglichkeiten des Prüfenden zu setzen wäre.

Für die Annahme der Unbeachtlichkeit ist ein bestimmtes Mindestmass an Rechtswidrigkeit erforderlich, welches in keiner Weise vom jeweiligen Betrachter oder vom im betreffenden Entscheid Verpflichteten abhängt. Der für die Beurteilung der Frage der Unbeachtlichkeit eines Hoheitsaktes anzuwendende Massstab ist somit derjenige eines Durchschnittsbürgers (106). In diesem Sinne scheint auch das Bundesgericht an die Rechtskenntnis eines durchschnittlichen Betrachters anzuknüpfen, wenn es davon ausgeht, das Verhalten der Polizei könne deshalb nicht als rechtswidrig bezeichnet werden, weil die Meinungen über die Rechtmässigkeit ihres Einsatzes "... sowohl im zürcherischen Parlament wie in den Kommentaren der Massenmedien und des Publikums geteilt" waren und "noch während des Gerichtsverfahrens... eine gewisse Unsicherheit in dieser Richtung" bestand (107). Aus jener Umschreibung, welche den Massstab für die Erkennbarkeit eines rechtswidrigen Aktes mit der Folge der Unbeachtlichkeit abgeben soll, wird zugleich ersichtlich, wie schwierig es im Einzelfall zu bestimmen ist, welche Akte in den Augen dieses abstrahierten Rechtssubjektes offensichtlich und erkennbar rechtswidrig sind.

105) Rostek, Unverbindlicher Befehl, 93.

106) Fleiner, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 231. Forsthoff, Lehrbuch, 226, Anm. 6. Stratenwerth, Verantwortung, 143 f. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 51 I c 4 mit Nachweisen zur deutschen Rechtsprechung. Sinngemäss Hegnauer, Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, 103.

107) BGE 98 IV 46 f.

2.3.1.3. Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Prüfung der Beziehungen zwischen dem vorgesehenen Zwangsakt und dem zu bewirkenden Erfolg

Wie bereits ausgeführt wurde, ist in strafrechtlicher Hinsicht nur der vor-
aussehbare und adäquate Erfolg eines bestimmten Verhaltens relevant (108).

Während die Beurteilung der Adäquanz eines Kausalzusammenhanges rechtliche
Ueberlegungen beinhaltet, ist die Frage, ob ein bestimmter Erfolg ohne das
als Ursache interessierende Verhalten eingetreten wäre, tatsächlicher Natur,
da sie nur beantwortet werden kann, wenn die naturgesetzlichen Beziehungen
zwischen Verhalten und Erfolg bekannt sind (109). Besonders deutlich wird
dieser Zusammenhang am Beispiel der Abklärung der Ursächlichkeit von "Con-
targan" für embryonale Missbildungen, wo im Zeitpunkt der gerichtlichen Be-
urteilung nicht bekannt war, ob jene Schädigungen die natürliche Folge jenes
Mittels darstellten (110).

Da das Wissen um diesen Zusammenhang zwischen einem bestimmten Verhalten
und seinem Erfolg, d.h. also die Kenntnis von Erfahrungssätzen, nicht von
der konkreten Situation abhängt, sondern beim Täter in einem gewissen Um-
fang "gespeichert" ist und jederzeit abgerufen werden kann, ist bei der Be-
stimmung des Massstabes der anzuwendenden Sorgfalt auf die allgemeinen, vor-
stehend dargestellten Grundsätze zurückzugreifen; somit ist diesbezüglich
auf das Erfahrungswissen eines Polizeibeamten abzustellen, wobei ein allfäl-
liges Sonderwissen berücksichtigt werden muss (111). Dabei ist zu beachten,
dass das Nichterkennen eines Erfahrungssatzes keine Pflichtwidrigkeit be-
gründen kann, sondern erst das darauf gestützte, durch die fehlerhafte oder
unterlassene rechtliche Wertung (zu Unrecht bejahter oder verneinter adäqua-
ter Kausalzusammenhang) bewirkte Verhalten. Eine Festsetzungsverfügung kann

108) Vgl. oben, 104 ff.

109) Schultz, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 115 f. Schwander, Strafgesetzbuch,
69. Walder, Kausalität, 122 ff., 138 f. Burgstaller, Fahrlässigkeits-
delikt, 84 f. Jeschek, Lehrbuch, 222 ff. Maurach/Zipf, Strafrecht,
AT, 265 ff. Heimann-Trosien, Leipziger Kommentar, Einleitung, N. 91.
Schönke/Schröder, N. 73 f. Vorbem. zu §§ 13 ff. Stratenwerth, AT, N.
208 ff. Welzel, Strafrecht, 43. BGE 101 IV 152, 83 IV 140.

110) Schönke/Schröder, N. 74 Vorbem. zu §§ 13 ff.

111) Vgl. oben, 109 ff.

somit nur dann unverbindlich sein, wenn sie deshalb offensichtlich und erkennbar rechtswidrig ist, weil vom Standpunkt ex ante aufgrund einer Berücksichtigung aller rechtserheblichen Gesichtspunkte eine im Verhältnis zur als adäquat vorausgesehenen bzw. wirklich eingetretenen (112), deutlich schwerwiegendere Rechtsgüterbeeinträchtigung voraussehbar und adäquat erscheint.

Beispiel: Kausalität der CN-Anwendung bei Todesfällen aus: Berg/Döring/Zorec-Karlovesek, Begutachtungsfragen nach Anwendung der "Chemischen Keule".

Zwei Polizeibeamte hatten den Auftrag, die 17jährige Tochter der Rentnerin L. zwangsweise dem Schulunterricht zuzuführen. Als die Rentnerin im Verlaufe der anschliessenden Auseinandersetzung mit einer Krücke auf die Beamten einzuschlagen versuchte, besprühte sie einer von jenen unter Einhaltung der Dienstvorschriften mit Tränengas. Die Besprühung zeigte keinerlei Wirkung, worauf die beiden Beamten unverrichteter Dinge abzogen. Frau L. zog einen Arzt bei, welcher gerötete Gesichtshaut, gefässinfizierte Augenbindehäute und ausgeprägten Tränenfluss feststellte. Nach Verordnung eines Beruhigungsmittels entfernte sich der Arzt, wurde aber eine halbe Stunde später erneut gerufen und fand Frau L. nunmehr tot.

Nach den ärztlichen Unterlagen und dem Obduktionsbefund konnte kein Zweifel darüber bestehen, dass es sich im erwähnten Fall um ein akutes Herzversagen auf dem Boden einer bereits seit längerer Zeit bestehenden coronaren Herzkrankheit gehandelt hat. Demgegenüber war eine zum Tode führende Tränengaswirkung auszuschliessen, obwohl Tränengas toxikologisch im Leichenblut nachzuweisen war.

Die ein Gutachten über die Anwendung der "Chemischen Keule" erstellenden Aerzte waren sich aber nicht sicher, "ob die eingetretene Reizwirkung des CN auf die Schleimhäute das Herzversagen ausgelöst haben könnte". Sie führten dazu im weiteren aus: "Der zeitliche Zusammenhang ist nicht von der Hand zu weisen. Eine spezielle, pharmakologische Wirkung des CN auf die Coronardurchblutung ist nicht bekannt und auch nicht zu vermuten, zumal ja keine Resorption stattfindet. Denkbar wäre hier eine, über trigeminovagale Bahnen ausgelöste, reflektorische Aenderung hämodynamischer Grössen. Angesichts des Fortschreitungsgrades der coronaren Herzkrankheit, der bis in die letzte Zeit hinein verfolgbaren Progredienz der Gewebsausfälle im Herzmuskel, kann einer solchen Reizwirkung über die Kopfschleimhäute jedoch kein

112) Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt aus begreiflichen Gründen m.E. dann nicht vor, wenn zwar der als adäquat vorgestellte nicht mit dem pflichtgemäss als adäquat vorauszusehenden, wohl aber zufälligerweise mit dem wirklich eingetretenen Erfolg übereinstimmt.

höherer verschlechterungs-auslösender Stellenwert beigemessen werden als der gleichzeitigen Aufregung und körperlichen Anstrengung durch die Auseinandersetzung mit den Polizeibeamten. - Bemerkenswert ist an diesem Fall, dass bei Frau L. offenbar zunächst keine CN-Wirkung eingetreten war (s. Schilderung der Polizeibeamten), während später von der Nachbarin und dem behandelnden Arzt Reizerscheinungen durch das Tränengas beobachtet wurden."

Bei der Behandlung dieses Falles ist m.E. davon auszugehen, dass aufgrund feststehender Erfahrungssätze beim vorschriftsgemässen Versprühen von CN zwar nur mit äusserst geringer Wahrscheinlichkeit bleibende Verletzungen der körperlichen Integrität oder gar der Tod des Pflichtigen zu erwarten sind, jedoch ist bekannt, dass jede physische Einwirkung auf einen Menschen zu dessen Tod führen kann. So hätte im vorstehend erwähnten Fall auch das Festhalten der Frau mittels körperlicher Gewalt den Eintritt des Herzinfarktes beschleunigen und damit (Mit-) Ursache ihres Todes sein können. Die Frage, ob derartige Erfahrungssätze bestehen und welchen Inhalt sie haben, ist Tatfrage. Rechtsfrage dagegen ist, wie wahrscheinlich der Eintritt solch voraussehbarer, aufgrund derartiger Erfahrungssätze eintretender tatbestandsmässiger Erfolge vom Standpunkt ex ante sein muss, damit jene rechtlich erheblich sind. Im vorliegenden Fall haben die Beamten auch dann nicht pflichtwidrig gehandelt, wenn sie trotz Kenntnis jenes Erfahrungssatzes dessen rechtliche Erheblichkeit in der konkreten Situation verneint haben, weil die Gefährdung der Rechtsgüter Leib und Leben vom Standpunkt ex ante aus gesehen unwahrscheinlich war. Wäre der schlechte gesundheitliche Zustand der Frau für die Beamten erkennbar gewesen, hätte der entsprechende Erfahrungssatz möglicherweise anders gelautet und könnte etwa den Inhalt gehabt haben, die Gefährdung der Rechtsgüter der körperlichen Integrität bzw. des Lebens sei wahrscheinlich.

2.3.2. Das Problem des Handlungswertes bei der Vollstreckung nichtiger, nicht jedoch offensichtlich rechtswidriger Akte

Wie vorstehend ausgeführt wurde, muss ein gewichtiges öffentliches Interesse an der mit dem Risiko überschüssender tatbestandsmässiger Erfolge behafteten Anwendung unmittelbaren Zwanges bestehen, wenn die Vollstreckungshandlung, trotz ex ante voraussehbarer Gefährdung von Rechtsgütern des Zwangs-

unterworfenen, rechtmässig sein soll (113). Während dieses Interesse im Falle des Vollzugs verbindlicher Akte zufolge des der Durchsetzung des Rechts zukommenden Wertes regelmässig gegeben ist, scheint es bei der Vollstreckung nichtiger, nicht offensichtlich rechtswidriger Hoheitsakte auf den ersten Blick zu fehlen.

In der Tat besteht kein staatliches Interesse an der Vollstreckung unverbindlicher und damit unbeachtlicher Entscheide.

Unverbindlich sind nun aber nach der hier vertretenen Auffassung nur solche staatlichen Entscheide, die der Vermutung der Rechtmässigkeit nicht mehr teilhaftig sind und nicht schon solche, die eine besonders schwere, jedoch latente Rechtsverletzung beinhalten, welche jene Vermutung mangels Offensichtlichkeit nicht zu durchbrechen vermag. Hieran kann auch die Berücksichtigung des Interesses der Rechtssicherheit nichts ändern, da jenes schon bei der der Vermutung der Rechtmässigkeit zugrundeliegenden Wertabwägung berücksichtigt wurde (114). Daraus ergibt sich, dass nur an der Vollstreckung von offensichtlich rechtswidrigen und deshalb unverbindlichen Hoheitsakten kein öffentliches Interesse besteht, welches die Inkaufnahme eines Risikos überschüssender Erfolge rechtfertigen könnte, da bei allen anderen Hoheitsakten, insbesondere auch bei den nicht offensichtlich rechtswidrigen nichtigen, die Vermutung für deren Rechtmässigkeit spricht.

2.3.3. Das Verhältnis zum Sachverhaltsirrtum im besonderen

Wenn bei der Beurteilung der tatsächlichen Lage durch den Polizeibeamten auf den Anschein im Sinne eines Resultats der der Polizei im Zeitpunkt der Entscheidung pflichtgemäss eingeschätzten zugänglichen bzw. speziell beschafften Informationen abgestellt wird, wird in Kauf genommen, dass jener Anschein möglicherweise nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Wie bereits erwähnt, sind Vollstreckungshandlungen, welche sich auf solche, auf pflichtgemässer Einschätzung der Sachlage beruhende Verwaltungsakte stützen, in Anwendung von Art. 32 StGB rechtmässig, auch wenn sich nachträglich

113) Vgl. oben, 119 f.

114) Vgl. oben, 150 f.

herausstellen sollte, dass der Beamte in Wirklichkeit von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Eine Divergenz zwischen Anschein und Wirklichkeit hat somit nicht den Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit und damit die Anwendung der Regeln über den Sachverhaltsirrtum zur Folge, sofern der Beamte die Sachlage pflichtgemäss einschätzt. Ein Sachverhaltsirrtum liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Vollzugsbeamte in seiner subjektiven Einschätzung der Lage von anderen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht als der die Verhältnisse pflichtgemäss einschätzende Amtswalter. Bei der Abklärung der Frage, ob sich der Beamte in einem Sachverhaltsirrtum befunden habe oder nicht, ist deshalb nicht die Divergenz zwischen eingeschätzter Sachlage und Wirklichkeit massgebend, sondern jene zwischen pflichtgemäss eingeschätztem Sachverhalt (Anschein) bzw. allenfalls der Wirklichkeit (115) und bloss subjektiver Auffassung.

III Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Vollstreckbarkeit des durchzusetzenden Entscheides

Wie vorstehend erwähnt, dürfen und müssen Hoheitsakte nur vollzogen werden, wenn sie vollstreckbar sind (116). Somit ist die "Vollstreckbarkeit" des durchzusetzenden Rechtsaktes - wie die "Verbindlichkeit" - Rechtfertigungstatbestandsmerkmal des Art. 32 StGB. Bezüglich der unzutreffenden Annahme hinsichtlich des Merkmals "vollstreckbar" gelten daher die allgemeinen, für die Sachverhaltsfeststellung aufgezeigten Grundsätze, womit zur Einhaltung der diesbezüglichen Sorgfaltspflichten erforderlich ist, dass sich die Annahme des Vollzugsbeamten betreffend die tatsächlichen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit des Entscheides nicht von der objektiv erkennbaren bzw. wirklichen Sachlage unterscheidet und das auf dem rechtlich relevanten Sachverhalt basierende Urteil bezüglich der "Vollstreckbarkeit" nicht offensichtlich rechtswidrig ist.

115) Aus naheliegenden Gründen kann dann keine Sorgfaltspflichtverletzung angenommen werden, wenn die subjektiv eingeschätzte Lage mit der Wirklichkeit übereinstimmt; dies muss auch dann gelten, wenn zwischen pflichtgemäss einzuschätzendem und wirklichem Sachverhalt Differenzen bestehen.

116) Vgl. oben, 19 f.

IV Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Weisungsberechtigung des die zwangsweise Vollstreckung Anordnenden

1. ALLGEMEINES

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es im Falle hoheitlich gebotener Zwangsvollstreckung zur Durchsetzung nicht befolgter Sachentscheide einerseits einer Festsetzungsverfügung bedarf, in welcher die Modalitäten der Zwanganwendung geregelt sind, während andererseits durch Hoheitsakt der Zeitpunkt der Vollstreckung sowie die vollziehende Behörde bzw. Person bestimmt wird. Jenen Befehlsakt hat der Befehlsempfänger auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, da ersterem nur dann verbindliche Wirkung zukommt, wenn er nicht offensichtlich rechtswidrig ist.

Unverbindlich ist die Anordnung somit entsprechend den obigen Ausführungen, wenn sie von der offensichtlich unzuständigen Stelle ausgeht, offensichtlich nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt wird oder eventuell bestehende Formvorschriften klar erkennbar verletzt (117).

2. DAS PROBLEM DER WEISUNGSBERECHTIGUNG DES STAATSANWALTES IM FALLE DES KONFLIKTS VON STRAFVERFOLGUNG UND GEFAHRENABWEHR

2.1. Problemstellung

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Staatsanwalt bzw. der Untersuchungsrichter Leiter des strafrechtlichen Untersuchungsverfahrens ist (118) und als solcher die Polizeibeamten mit dem Vollzug strafprozessualer Massnahmen beauftragen kann (119).

Ziel des Untersuchungsverfahrens ist die Beantwortung der Frage, "ob für

117) Vgl. oben, 25.

118) Heusser, Kriminalpolizei, 51 ff. Huggenberger, Ermittlungsverfahren, 39 ff. Nägeli, Strafuntersuchung, 155 ff. Schmid, Staatsanwaltschaft, 93 ff. Schütz, Kriminalpolizei, 56 ff. Töndury, Staatsanwaltschaft, 99. Manke, Voruntersuchung, 146 ff.

119) Hauser, Strafprozessrecht, 190 f. Huggenberger, Ermittlungsverfahren, 63. Schmid, Staatsanwaltschaft, 80 ff. Fäh, Zwangsmittel, 123. Kritisch Rieder, Untersuchungsverfahren, 80 f.

die Annahme einer Straftat rechtsgenügende Anhaltspunkte bestehen" (120).

Demgegenüber liegt die Gefahrenabwehr ausschliesslich im Kompetenzbereich der polizeilichen Organe (121).

Sehr oft überschneiden sich nun die beiden Bereiche, indem in Situationen, in denen Rechtsgüter von Einzelnen oder der Allgemeinheit bedroht sind, nicht nur die Voraussetzungen für die primär präventive Gefahrenabwehr der Sicherheitspolizei, sondern zugleich genügend Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass - zumindest im Versuchsstadium - strafbare Handlungen begangen worden sind. In derartigen Fällen entsteht ein Kompetenzkonflikt zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei, dessen Auswirkung insbesondere dadurch verschärft wird, dass die mit den strafprozessualen Massnahmen verfolgten Ziele mit sicherheitspolizeilichen Grundsätzen unter Umständen nicht zu vereinbaren sind.

Als Beispiel diene der Geiselnahmefall an der Prinzregentenstrasse in München (122). Während es hier dem Staatsanwalt entsprechend seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht darum gehen musste, den Sachverhalt zu erforschen, die Täter zu ermitteln und festzunehmen sowie deren persönlichen Verhältnisse abzuklären, bestand die Aufgabe der Sicherheitspolizei ausschliesslich darin, die betroffenen Geiseln möglichst schnell und unverletzt zu befreien. Dass diese beiden, vom Gesetz vorgegebenen Zielvorstellungen nicht immer miteinander zu vereinbaren sind, indem die Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung in der Weise kollidieren können, dass jede von beiden nur auf Kosten der anderen durchgeführt werden kann, bedarf keiner eingehenden Erläuterungen und kann aus dem erwähnten Beispiel sehr schön ersehen werden (123).

Aufgrund dieser Verhältnisse stellt sich die im Anschluss an jene Geisel-

120) Hauser, Strafprozessrecht, 75.

121) Z.B. Heusser, Kriminalpolizei, 10 f. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtssprechung, Nr. 131 B I mit Nachweisen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Jost, Polizeibegriff, 73. Müller, Präventivpolizei, 91 ff. Ruck, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 44 ff.

122) Vgl. oben, 76 ff.

123) Die Anordnung eines gezielten Todesschusses liegt beispielsweise ausschliesslich im Interesse der Gefahrenabwehr und verunmöglicht die Durchführung strafprozessualer Massnahmen.

nahme in München in Deutschland vehement diskutierte Frage nach der Auflösung jenes Kompetenzkonflikts, respektive nach den Zuständigkeiten des Staatsanwaltes und Polizeikommandanten in derartigen Fällen.

2.2. Die Kompetenzordnung beim Zusammentreffen von Strafverfolgungs- massnahmen und solchen der Gefahrenabwehr

Ausgangspunkt der folgenden Ueberlegungen bildet die Erkenntnis, dass aufgrund eines bestimmten Lebensvorganges sowohl ausreichende Gründe für präventives Einschreiten im Sinne der Gefahrenabwehr als auch solche für die Durchführung eines Untersuchungsverfahrens vorliegen können. Bei der sich dementsprechend zwangsläufig stellenden Frage, ob der Leiter des Untersuchungsverfahrens oder aber der Polizeikommandant als Chef der Sicherheitspolizeiorgane in einem solchen Falle zur Anordnung der erforderlichen Massnahmen zuständig sei, prallen die Meinungen aufeinander (124). Nach Wenzky vermag die Polizei in derartigen Situationen die Entscheidung, "in welcher Art und in welchem Mass die Verteidigung des Lebens der gesamten Geiseln erforderlich ist, kaum allein, sondern nur gemeinsam mit dem zuständigen Staatsanwalt zu treffen, weil die Beurteilung jeweils sich wandelnder, aber konkret vorliegender Tatumstände unverzüglich und aufs engste damit zusammenhängende Rechtsfragen" aufwirft; "derartige Entscheidungen von der und für die Polizei allein treffen zu lassen, würde ihre Ueberforderung bedeuten, zumal kriminalstrategische/einsatztaktische Ueberlegungen unverzüglich strafrechtliche Bewertungen nach sich ziehen und nach sich ziehen können" (125). Demgegenüber hält Gintzel fest, Wenzky betrachte die komplexen Rechtsfragen nur vom Strafrecht her. Nicht die Polizei sei überfordert, sondern der Staatsanwalt, weil von ihm atypisches Verhalten erwartet würde. Nur der taktisch geschulte Einsatzleiter sei in der Lage, eine situationsgerechte Beurteilung der Lage vorzunehmen, da nur ihm sämtliche, für die Rechtmässigkeit seiner Anordnung zu berücksichtigenden Erkenntnistat-

124) Das Problem wurde, soweit ersichtlich, bisher nur in den einschlägigen deutschen Fachzeitschriften, vor allem im Anschluss an den Münchner Geiselnahmefall, behandelt.

125) Wenzky, Geiselschutz durch Schusswaffengebrauch, 296. Ähnlich Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 132 ff.

sachen zur Verfügung stünden (126). Interessanterweise waren schon vor dem Münchner Bankraub gewisse Meinungsverschiedenheiten zwischen Polizeipräsident Dr. Schreiber und Oberstaatsanwalt Sechser zu Tage getreten. Dr. Schreiber kritisierte dabei die immer noch im Gesetz aufrechterhaltene Fiktion, wonach der Staatsanwalt als Herr des Untersuchungsverfahrens betrachtet werde, obschon jener nicht in der Lage sei, das polizeiliche Potential voll zu überblicken. Die in der Prozessordnung ausgesprochene Omnipotenz bedürfe der Selbstbeschränkung. Er schlug vor, den Staatsanwalt unter Beachtung seiner Kompetenzen in einer polizeilichen Einsatzleitung zu integrieren, wobei sein Einfluss je nach Persönlichkeit und Sachkunde mehr oder weniger gross wäre (127).

Oberstaatsanwalt Sechser hielt in seiner Antwort fest, die Ausführungen Dr. Schreibers entbehrten jeglicher Grundlage; wenn es richtig wäre, "dass immer dann, wenn Präventivgründe polizeilichem Einschreiten "gleichzeitig" zugrundeliegen, eine staatsanwaltschaftliche Mitbestimmung ausgeschlossen wäre, dann müsste anerkannt werden, dass Polizeirecht vor Strafprozessrecht geht. Abhilfe aus diesem Dilemma wäre konsequenterweise nur die Bildung einer selbständigen, den Strafverfolgungsbehörden unterstehenden Kriminalpolizei" (128).

In differenzierender Weise vertritt Krey die Auffassung, der erwähnte Kompetenzkonflikt lasse sich nicht abstrakt ordnen, da die staatlichen Aufgaben der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr prinzipiell gleichwertig nebeneinander stünden. Deshalb müsse danach gefragt werden, "ob im Einzelfall bei einer Abwägung der beteiligten Interessen - Sicherung des Strafanspruches des Staates/Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung - Massnahmen der Gefahrenabwehr auf Kosten der Strafverfolgung Vorrang beanspruchen oder umgekehrt". Dabei sei "für das Gewicht des Strafverfolgungs- die Schwere der Tat, für das Gewicht des Gefahrenabwehrinteresses der Grad der Gefahr und der Rang der bedrohten Güter massgeblich" (129).

126) Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 3. Ähnlich Ludwig, Straftaten mit Geiselnahme, 112. Merten, Staatsanwaltschaft - Polizei, 391.

127) Schreiber, Kindesentführungen, 225 ff.

128) Sechser, Staatsanwaltschaft und Polizei, 349 ff.

129) Krey, Der Münchner Schiessbefehl, 227. Ähnlich Krey/Meyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, 2.

Diese Lösung ist zwar sicher richtig, jedoch kaum praktikabel, da der Kompetenzkonflikt nun vom Befehlsempfänger aufzulösen ist, indem er danach zu entscheiden hätte, ob er den Befehl von Staatsanwalt oder Polizeikommandant ausführen, bzw. welchem Vorgesetzten er bei widersprüchlichen Anordnungen gehorchen muss.

Wenn in einem solchen Falle auch kaum einmal angenommen werden könnte, eine der Anordnungen leide an einem offensichtlichen und erkennbaren Zuständigkeitsmangel, so scheint es doch de lege ferenda unbedingt erforderlich, jenen Kompetenzkonflikt in genereller Weise zu lösen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Kompetenzfrage zufolge der organisationsrechtlichen Stellung von Untersuchungs- und Polizeibehörden als Organen derselben juristischen Person durch deren gemeinsame, vorgesetzte Aufsichtsbehörde zu lösen ist, sofern unter jenen nicht selbst eine Einigung zustande kommt.

Bei der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen ist m.E. die Entscheidungsgewalt in derartigen Fällen in Anlehnung an die herrschende Auffassung in Deutschland der Polizei zu übertragen, da jene nicht primär subtile Kenntnis des Rechts voraussetzt, sondern die genaue Kenntnis der polizeilichen Möglichkeiten und Mittel (130).

130) Gintzel, Problematik des Schusswaffengebrauchs, 2 f. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 134. Ludwig, Straftaten mit Geiselnahme, 112. Rupprecht, Staatsanwaltschaft und Polizei, 270 ff. Rupprecht, Totschuss und Wertordnung, 793 f. Vgl. ferner die "Allgemeine Verfügung über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwaltes vom 15. Dezember 1973, ergangen in allen Bundesländern in Deutschland (Bundesanzeiger vom 22. Dezember 1973, Nr. 240, siehe auch MDR 28 (1974), 374).
A.M. Holland, Richtlinien, 374 ff.

B) FUER DAS VERFAHREN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG ZU BEACHTENDE SORGFALTSPLICHTEN

Grundsätzlich soll der Anwendung unmittelbaren Zwanges aufgrund verwaltungsrechtlicher Vorschriften eine Androhung vorausgehen; die entsprechenden Regelungen lassen aber offen, auf die Androhung zu verzichten, wenn Gefahr im Verzug ist oder sonst die Umstände eine solche nicht zulassen (131).

Da die Inhaltsbestimmung dieser Rechtspflicht, trotz generell-abstrakter Fassung, in jedem Fall die Berücksichtigung der konkreten Umstände erfordert, steht ihrer unveränderten Uebernahme ins Strafrecht unter zusätzlicher Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Vollzugsbeamten nichts entgegen, da die in Art. 18 Abs. 3 StGB geforderten Kriterien für die Festlegung des Inhalts der Sorgfaltspflichten erfüllt sind.

Die Anpassung der Androhungspflicht an die konkreten Umstände hat somit - entsprechend den vorstehend gemachten Ausführungen - unter Berücksichtigung der für die Festlegung von Sorgfaltspflichten massgebenden Grundsätze und Wertmassstäbe, in jedem Fall der jeweiligen Situation angepasst zu erfolgen (132).

C) BEI DER TATSAECHLICHEN ZWANGSANWENDUNG ZU BEACHTENDE SORGFALT

Ist der Vollzugsbeamte im Begriffe, die in der Festsetzungsverfügung angeordnete Anwendung unmittelbaren Zwanges in die Tat umzusetzen, so hat er bei seinem Tun eine Unzahl, sich aus der jeweiligen Situation unter dem Gesichtspunkt des Prinzips des "neminem laedere" ergebende Sorgfaltspflichten zu beachten.

Lautet die Festsetzungsverfügung beispielsweise, der fliehende und aus seiner Deckung hinter einem Baum auf den Vollzugsbeamten schiessende Mörder sei unter Gebrauch der Schusswaffe festzunehmen, so muss der Beamte dann

131) Vgl. oben, 26 f.

132) Vgl. oben, 98 ff.

auf die Schussabgabe verzichten und eine neue Festsetzungsverfügung treffen, wenn im Zeitpunkt des Zielvorganges plötzlich eine Schulklasse einige hundert Meter hinter dem Verbrecher, jedoch im Bereich der Schusslinie, auftaucht. Ebenfalls ist selbstverständlich immer dann von der Anwendung unmittelbaren Zwanges abzusehen, wenn der Betroffene die ihm auferlegte Pflicht doch noch erfüllt.

Da die Anzahl der möglichen Situationen, in denen ein Vollzugsbeamter unmittelbaren Zwang anzuwenden hat, unendlich ist, kann logischerweise auch die Zahl der zu beachtenden Sorgfaltspflichten ins Unendliche gehen, weil die letztgenannten entsprechend Art. 18 Abs. 3 StGB der konkreten und daher einmaligen Situation anzupassen sind.

D) ZUSAMMENFASSUNG

Zur Vollstreckung staatlicher Entscheide durch Anwendung unmittelbaren Zwanges ergehen im Normalfall, d.h. bei der Fremdvollstreckung, zwei Hoheitsakte, nämlich die Festsetzungsverfügung, in welcher Art und Intensität der Massnahme festgelegt werden sowie die Anordnung an die Vollzugsbehörde, jene beiden Akte zu vollstrecken; im Falle der Eigenvollstreckung erlässt der Vollzugsbeamte grundsätzlich neben der Festsetzungsverfügung auch den Sachentscheid und sorgt zudem aus eigener Initiative für die Herstellung des gesetzlich gebotenen Zustandes in der Realwelt.

Jedem dieser Hoheitsakte ist gemäss öffentlichrechtlichen Regeln nur nachzukommen, wenn er verbindlich ist.

Da für die Feststellung der Rechtmässigkeit einer Amtshandlung ein strafrechtlicher Rechtmässigkeitsbegriff massgebend ist, muss abgeklärt werden, ob die für die Bestimmung der Unverbindlichkeit im öffentlichen Recht massgebenden Kriterien in dem Sinne ins Strafrecht übertragen werden können, dass deren Nichtbeachtung als Sorgfaltspflichtverletzung zu betrachten wäre; zu diesem Zweck ist auf die zur Bestimmung von Sorgfaltspflichtinhalten entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Es kann nämlich nicht richtig sein, wenn, wie dies in einem grossen Teil der Lehre der Fall ist, der Sinn des strafrechtlichen Rechtmässigkeitsbegriffs in der Konstruktion eines zweiten,

vom Staats- und Verwaltungsrecht unabhängigen Amtspflichtrechts gesehen wird, da dann zwangsläufig verbindliche Akte nicht vollstreckt oder aber unverbindliche Entscheide durchgesetzt werden müssten. Daraus kann geschlossen werden, dass die strafrechtlichen Sorgfaltspflichten grundsätzlich vorschreiben, verbindliche Hoheitsakte durchzusetzen und unverbindliche Entscheide nicht zu vollstrecken, sofern diese Pflichtinhalte mit den für die Bestimmung von Sorgfaltspflichten aufgezeigten strafrechtlichen Grundsätzen übereinstimmen.

Während nun die Pflicht, offensichtlich und erkennbar rechtswidrige Hoheitsakte nicht zu vollstrecken, als Inhalt einer entsprechenden strafrechtlichen Sorgfaltspflicht zu betrachten ist, kann der Vollzugsbeamte unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung seines Könnens nicht verpflichtet werden, aufgrund besonders schwerer Rechtsverletzung als nichtig geltende Rechtsakte, deren Rechtswidrigkeit jedoch nicht offensichtlich ist, zu erkennen und damit deren Vollstreckung zu unterlassen. Derartige Akte als unverbindlich zu betrachten widerspricht im übrigen auch der Vermutung der Rechtmässigkeit staatlicher Entscheide bzw. der jener Vermutung zugrundeliegenden Wertabwägung.

Aus dieser Erkenntnis folgt, dass für den Bereich des Strafrechts ein eigener Unverbindlichkeitsbegriff zu bestimmen ist, nach welchem nur offensichtlich oder leicht erkennbar rechtswidrige Hoheitsakte unbeachtlich sind.

Hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung ergibt sich aus der Bestimmungsfunktion der Strafrechtsnormen, dass der Beamte nur verpflichtet werden kann, von der sorgfaltsgemäss eingeschätzten Sachlage, nicht aber von der Wirklichkeit auszugehen. Dabei soll bei unterschiedlichem, pflichtgemäss ermitteltem Wissensstand des Beamten einer- und des Zwangsunterworfenen andererseits das Irrtumsrisiko im Hinblick auf allfällige Gegenrechte des letztgenannten zufolge des besonderen Schutzbedürfnisses der Vollstreckungsorgane einseitig vom betroffenen Bürger getragen werden.

Für die Prüfung der Rechtfertigungstatbestandsmerkmale "Vollstreckbarkeit" sowie der "Weisungsberechtigung" des die Ausübung unmittelbaren Zwanges Anordnenden gelten sowohl bezüglich Sachverhaltsfeststellung als auch hinsichtlich der Rechtsanwendung die für das Merkmal "Verbindlichkeit" aufgestellten Richtlinien.

Schliesslich richten sich sowohl die Pflicht zur Androhung der Anwendung unmittelbaren Zwanges als auch die bei der tatsächlichen Zwangseinwirkung in der Realwelt aus dem Grundsatz des "neminem laedere" und dem Erfahrungswissen abzuleitenden Pflichten nach den für die Bestimmung von Sorgfaltspflichten entwickelten Grundsätzen.

§ 4 SCHLUSSFOLGERUNGEN

Die eingangs des dritten Kapitels nach dem Umfang der Amtspflichten im Sinne von Art. 32 StGB gestellte Frage kann nun beantwortet werden.

Die vorangehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass das Verhalten eines Vollstreckungsbeamten, der in Ausübung hoheitlicher Funktionen einen Rechtsakt vollstreckt, immer dann rechtmässig ist oder gerechtfertigt werden kann, wenn jener weder bewusst und willentlich noch in fahrlässiger Weise auf dem Wege der Auslegung von Art. 18 Abs. 3 StGB bestimmte Sorgfaltspflichten verletzt.

4. KAPITEL

VERSUCH EINER BESTIMMUNG DER IM SPIELE STEHENDEN INTERESSEN BEIM GEBRAUCH VON SCHUSSWAFFEN GEGEN PERSONEN

§ 1 EINLEITUNG

Wenn die vorstehende Untersuchung zum Schluss geführt hat, dass die bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwanges zur Erfüllung des Fahrlässigkeitstatbestandes erforderlichen Sorgfaltspflichtverletzungen gemäss Art. 18 Abs. 3 StGB mit der zu ungewollten tatbestandsmässigen Erfolgen führenden Nichtbeachtung von Amtspflichten gemäss Art. 32 StGB übereinstimmen, so muss es ein ernstes Anliegen des Gesetzgebers sein, dem Vollzugsbeamten durch den Erlass entsprechender Verhaltensnormen verbindliche Richtlinien zu geben, deren Einhaltung ihm strafrechtskonformes Handeln garantiert.

Weil jedoch jene gesetzlichen Vorschriften generell-abstrakter Natur sind, ermangeln sie der gemäss Art. 18 Abs. 3 StGB erforderlichen Konkretisierung bezüglich der gegebenen Umstände und der persönlichen Verhältnisse des Beamten. Sie gelten nur für typisierte Situationen und müssen deshalb in jedem Fall den besonderen und einmaligen Umständen angepasst werden.

Daraus kann geschlossen werden, dass sich der Vollzugsbeamte in zweifacher Hinsicht nur bedingt auf die für die hoheitliche Anwendung unmittelbaren Zwanges geschaffenen öffentlichrechtlichen Rechtssätze verlassen kann. Einmal gilt jede verwaltungsrechtliche Norm nur insoweit, als sie dem strafrechtlichen Begriff der Amtspflicht nicht widerspricht, d.h. unter Berücksichtigung der für die Bestimmung von Sorgfaltspflichtinhalten gemäss Art. 18 Abs. 3 StGB aufgestellten Grundsätzen überhaupt Inhalt einer entsprechenden Sorgfaltspflicht sein kann; zum andern kann die Anpassung der generellen Verhaltensnorm an die persönlichen Verhältnisse des Vollzugsbeamten sowie die Berücksichtigung der konkreten Umstände in Anwendung des Prinzips des "neminem laedere" zur Folge haben, dass deren Pflichtinhalt modifiziert wird bzw. zusätzliche Sorgfaltspflichten zu beachten sind.

Im folgenden soll nun der Versuch gemacht werden, in Anwendung der im Abschnitt über die Bestimmung der Sorgfaltspflichten entwickelten Methode, die beim Einsatz von Schusswaffen gegen Personen im Spiele stehenden Interessen zu bestimmen. Dabei geht es nicht um eine abschliessende Berücksichtigung aller nur möglichen Gesichtspunkte, sondern in erster Linie um die Darstellung einer möglichen Methode zur Bestimmung der rechtlich relevanten Interessen bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges, aufgezeigt am Beispiel des Schusswaffeneinsatzes gegen Personen (1).

Um zunächst das Interesse des Zwangsunterworfenen sowie eventueller Dritter am Verzicht auf den Einsatz der Schusswaffe festzulegen, muss vorgängig die Gefährlichkeit der möglichen polizeilichen Verhaltensweisen für deren strafrechtlich geschützte Rechtsgüter bestimmt werden, wobei den Kriterien des Könnens des Vollzugsbeamten sowie der Vermeidung ungewollter Nebenfolgen Beachtung zu schenken ist. Man muss sich aber im klaren darüber sein, dass die durch einen Schusswaffeneinsatz entstehende Gefahr für die Rechtsgüter von Personen niemals genau ermittelt, sondern nur als Wahrscheinlichkeitsurteil ausgedrückt werden kann. Noch grössere Schwierigkeiten bietet die Wertung des staatlichen Interesses an der Durchsetzung seiner Anordnungen mittels Schusswaffengebrauchs, da hier Grundfragen des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum betroffen sind, welche nicht zu allen Zeiten gleich beantwortet werden. Steht fest, dass ein Hoheitsakt nur mittels Schusswaffengebrauchs durchgesetzt werden kann und ist die durch die Schussabgabe entstehende Gefahr für die Rechtsgüter voraussichtlich Betroffener bestimmt, gilt es durch Gegenüberstellung der für und wider eine derartige Zwanganwendung sprechenden Interessen zu ermitteln, ob jene in Uebereinstimmung mit dem der Rechtsordnung zugrundeliegenden Wertgefüge ausgeführt werden kann. Immer dann, wenn diese Interessenabwägung für den Einsatz der Schusswaffe den Ausschlag gibt und die Rechtsgüter der voraussichtlich Betroffenen nur im Rahmen des absolut Notwendigen beeinträchtigt werden, kann dem Vollzugsbeamten keine Verletzung von Sorgfaltspflichten zur Last gelegt werden.

1) Da insbesondere die Zahl der polizeispezifischen Beiträge über den Schusswaffengebrauch in letzter Zeit sehr stark zugenommen hat, beschränkt sich die vorliegende Arbeit diesbezüglich auf eine Literaturauswahl.

Es ist jedoch zu beachten, dass strafrechtswidriges Verhalten nicht schon dann vorliegt, wenn die in der Festsetzungsverfügung angeordnete Zwangsintensität nicht dem überhaupt erreichbaren Wertmaximum entspricht, sondern dass diesbezüglich eine Sorgfaltspflichtverletzung erst angenommen werden kann, wenn die Festsetzungsverfügung in einem solchen Masse den geltenden Wertvorstellungen widerspricht, dass sie als offensichtlich rechtswidrig und damit als unverbindlich zu qualifizieren ist.

§ 2 DIE GEWICHTUNG DER SICH GEGENÜBERSTEHENDEN INTERESSEN

A) DAS INTERESSE AN DER UNTERLASSUNG VON BEEINTRÄCHTIGUNGEN AN PERSÖNLICHEN RECHTSGÜTERN DURCH SCHUSSWAFFENEINSATZ

I Die Bestimmung der Gefährlichkeit der Zwangshandlung unter Berücksichtigung des Könnens des Vollzugsbeamten

1. ALLGEMEINES

Entsprechend dem vorstehend Gesagten hängt die Gefährlichkeit einer Verhaltensweise für die Rechtsgüter des Zwangsunterworfenen im Sinne einer über die beabsichtigte Rechtsgüterbeeinträchtigung hinausgehenden Tatbestandsverwirklichung von einer Unzahl von Faktoren ab, die in der jeweiligen Situation einmalig sind. Es ist daher nicht möglich, die Gefährlichkeit eines bestimmten Zwangsmittels generell zu bestimmen.

Wenn im folgenden trotzdem der Versuch gemacht wird, die Gefährlichkeit des Schusswaffeneinsatzes zu umschreiben, so soll damit vor allem ein mögliches methodisches Vorgehen aufgezeigt werden.

2. DIE GEFAEHRlichkeit DES SCHUSSWAFFENEINSATZES FÜR DIE KÖRPERLICHE INTEGRITÄT DES ZWANGSUNTERWORFENEN UND DRITTER

2.1. Die Bewaffnung als gefahrbeeinflussendes Moment

2.1.1. Die Schusswaffe

Der Polizeibeamte in der Schweiz oder in deren Nachbarländern trägt als persönliche Waffe regelmässig eine Pistole, seltener einen Revolver auf sich (1), weshalb diese Schusswaffen am häufigsten zum Einsatz gelangen (2). Daneben können je nach Lage andere Waffen, wie Maschinenpistolen, Präzisions-

1) Art. 1 MuDA 76

2) Hug, Schusswaffengebrauch, 223. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 86.

gewehre oder Flinten eingesetzt werden (3).

Obschon in der Literatur bei der Abklärung der Verhältnismässigkeit des Schusswaffeneinsatzes in aller Regel nur die verschiedenen Waffentypen miteinander verglichen werden, vermag die Art der verwendeten Schusswaffe nur bezüglich der zu erwartenden Streuung der verschossenen Geschosse im Ziel Auskunft zu geben. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Treffererwartung hauptsächlich von vier Faktoren abhängig ist: Neben der Länge und der Präzision der Verarbeitung des Laufes, durch den das Geschoss getrieben wird, hängt sie von der Art der Zielvorrichtung sowie der möglichen Schusskadenz ab. So gestattet ein Präzisionsgewehr mit langem Lauf die genauere Schussabgabe als eine Pistole und ermöglicht ein Zielfernrohr die präzisere Zielerfassung als die offene Visierung; beim Schiessen von Seriefeuer mit Maschinenpistolen oder anderen automatischen Waffen nimmt die Treffererwartung ganz erheblich ab, da die Waffe nicht genügend fixiert und nicht nach jedem Schuss neu gezielt werden kann (4). Schliesslich hängt die Streuung auf grössere Distanzen von der Geschwindigkeit ab, mit der das Geschoss die Laufmündung verlässt, indem sie in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zur Anfangsgeschwindigkeit steht. Aus diesem Grunde muss man sich im klaren darüber sein, dass die Verwendung von Schalldämpfern nicht nur Vorteile bietet (5), sondern auf grössere Distanzen infolge der niedrigen Anfangsgeschwindigkeit des Geschosses eine erhebliche Minderung der Treffererwartung mit sich bringt. Wenn somit davon auszugehen ist, dass die für die Ausführung der in der Festsetzungsverfügung bestimmten Zwangshandlung zu treffende Wahl der Schusswaffe und Feuerart die zu erwartende Treffererwartung und damit das Risiko ungewollter tatbestandsmässiger Erfolge wesentlich beeinflusst, so ist doch zu beachten, dass der Polizeibeamte in aller Regel nur seine persönliche Waffe auf sich trägt; sofern nicht besondere Umstände und insbesondere die Zeitverhältnisse eine vorausschauende Planung ermöglichen, stellt sich das Problem der Wahl der Schusswaffe überhaupt nicht. Demzufolge

3) Vgl. oben, 11 ff.

4) Aus diesem Grunde scheint mir das Schiessen von Seriefeuer nur in Ausnahmefällen zulässig, beispielsweise in Notwehr und auf ganz kurze Distanz. Vgl. auch Hug, Schusswaffengebrauch, 235 f. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 31.

5) Dies scheint Hug, Schusswaffengebrauch, 238 f. anzunehmen.

gelangen in der Praxis in den weitaus häufigsten Fällen Handfeuerwaffen zum Einsatz, da der Entscheid über die Art der mitzunehmenden Schusswaffe nicht zum voraus getroffen werden kann.

Diese Handfeuerwaffen haben - unabhängig vom Schützen, d.h. auch wenn mit ihnen ab Laffette geschossen wird - infolge ihres kurzen Laufes, verglichen mit Gewehren oder Maschinenpistolen, eine relativ grosse Streuung. Aus diesem Grunde ist der Einsatz von Handfeuerwaffen generell als für das Rechtsgut der körperlichen Integrität der Betroffenen gefährlicher einzustufen als der Gebrauch von langläufigeren Waffen. Nochmals ist jedoch ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Polizeibeamte, der während seiner ganzen Dienstzeit im Durchschnitt maximal ein halbes dutzendmal von der Schusswaffe Gebrauch zu machen hat und der gleichzeitig jederzeit und unzählige Male in der Lage sein muss, durch den Einsatz körperlicher Gewalt und Beweglichkeit Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und Schusswaffen überflüssig zu machen, vernünftigerweise nicht verpflichtet werden kann, ein ganzes Waffenarsenal mit sich herumzutragen; er würde dadurch einerseits so unbeweglich, dass ein erfolgversprechender Einsatz körperlicher Gewalt - auch zur Selbstverteidigung - kaum mehr möglich wäre und hätte andererseits auf den Bürger - unter dem Gesichtspunkt der psychologischen Probleme des Waffentragens - eine unerwünschte provozierende Wirkung (6). Während bei der Festlegung der strafrechtlichen Sorgfaltspflichten zur Bestimmung der voraussichtlichen Gefährlichkeit der zur Wahl stehenden Verhaltensweisen auf den konkreten Fall abgestellt und damit unter Berücksichtigung des Prinzips des Könnens in gewissem Umfang auch die Eignung der verwendeten Schusswaffe geprüft werden kann, ist deshalb bei der generell-abstrakten Regelung des Schusswaffengebrauchs hinsichtlich der Gefährlichkeit der Waffe von Pistolen oder Revolvern auszugehen.

6) Füllgrabe, Psychologische Probleme des Waffentragens, 201 ff.

2.1.2. Die Munition

Wenn man sich das Ziel des Schusswaffengebrauchs vor Augen hält, nämlich den Pflichtigen angriffs- und fluchtunfähig zu machen, ohne ihn ernstlich zu verletzen und ohne Drittpersonen zu gefährden (7), so müsste es eine Munition geben, welche eine hohe Aufprallschock- bzw. mannstoppende Wirkung aufweist, im Körper des Getroffenen stecken bleibt oder nach ein paar Dutzend Metern wirkungslos zu Boden fällt und nicht tödlich ist. Eine solche Munition existiert nicht und wird aller Voraussicht nach nie entwickelt werden können. Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, die Wirkung der unübersehbar gewordenen Zahl von Munitionsarten, welche mit den bei der Polizei gebräuchlichen Waffen verschossen werden können, zu beschreiben, da dies neben umfassenden physikalischen Kenntnissen grossangelegte medizinische Versuche voraussetzen würde, welche zwar in gewissem Umfang in Instituten des In- und Auslandes durchgeführt wurden, deren Ergebnisse aber leider der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind.

M.E. genügt es jedoch, auf einige in den einschlägigen Kreisen zum Gemeingut gehörende Erkenntnisse hinzuweisen.

Wichtigste Erkenntnis ist die Tatsache, dass jede, aus einer Schusswaffe verschossene Munition tödliche Verletzungen beim Getroffenen hervorrufen kann (8).

Wenn die Wahrscheinlichkeit letaler Verletzungen auch davon abhängt, in welchen Körperteil das Geschoss eindringt und etwa bei Rumpftreffern erheblich höher zu veranschlagen ist als bei Schüssen in die Beine, ist doch festzuhalten, dass auch letztere etwa zufolge innerer Blutungen oder bei Geschos-

7) Conen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 66. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 142 zu § 51.

8) Engel, Aktuelle Fragen, 343. Klinkhardt, Selbsthilferechte des Amtsträgers, 352. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 27. BGH St. 26, 99: "Die Abgabe eines gezielten Schusses auf die Beine des Flüchtenden war auch nicht deshalb unzulässig, weil sie mit dem Risiko der Tötung behaftet war. Jeder Schusswaffengebrauch, insbesondere wenn er mit einer Faustfeuerwaffe erfolgt, beinhaltet ein solches Risiko... Der Schusswaffengebrauch muss zwar immer das letzte Mittel sein. Wenn er aber - wie hier - zur Erreichung des angestrebten Zweckes notwendig und sachlich gerechtfertigt ist, so ist er auch trotz des damit verbundenen Risikos statthaft." Im österreichischen Recht wird bei jeder Schussabgabe gegen Personen von lebensgefährdendem Waffengebrauch gesprochen, vgl. Erben/Szirba, 39, 53 f.

sen mit hoher Mannstoppwirkung aufgrund eines Schocks zum Tode führen können (9).

Immerhin ist die Wahrscheinlichkeit einer tödlichen Verletzung bei Rumpftreffern wesentlich grösser als bei Treffern in die Extremitäten, welchem Umstand m.E. bei der Gewichtung der Interessen des Staates an der Durchsetzung seiner Entschiede mittels Schusswaffengebrauchs Rechnung zu tragen ist (10).

Wenn man die heute erhältlichen Geschosse auf ihre Wirkung hin untersucht, kann man grundsätzlich und grob vereinfachend vier Hauptgruppen von Munitionsarten unterscheiden. Die zur Zeit in allen Polizeikorps praktisch ausschliesslich verwendeten Vollmantelgeschosse von Typ 9 mal 19 mm (Para) oder des Kalibers 7.65 mm gehören zur Gruppe jener Geschosse, welche den Körper mit sehr hoher Geschwindigkeit durchschlagen, ohne dabei wesentlich an Energie einzubüssen und deshalb für Dritte im Umkreis von mehreren hundert Metern auch dann noch direkt oder als Querschläger eine ernsthafte Gefahr bilden, wenn der Polizeipflichtige - beispielsweise ins Bein - getroffen wurde. Sie hinterlassen regelmässig nur einen kleinen Wundkanal mit einem ca. dem Viertel des Kalibers entsprechenden Durchmesser und bewirken praktisch keinen Aufprallsschock, indem der grösste Teil ihrer Energie nicht auf den getroffenen Körperteil abgegeben wird (11). Aus diesem Grunde ist es möglich, dass der Getroffene über kurze Zeit trotz mehrerer Treffer mit derartiger Munition weiterhin voll aktionsfähig bleiben und auf den einschreitenden Polizeibeamten schießen kann; somit ist denkbar, dass ein Beamter trotz Beachtung der gebotenen Vorsicht und jahrelanger Schiessübungen von einem Angreifer, welcher eine Munition mit hoher Mannstoppwirkung verschiesst, getötet wird, selbst wenn er den bevorstehenden Angriff rechtzeitig erkannt sowie als erster geschossen und getroffen hat (12).

9) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 34.

10) Vgl. unten, 218 ff.

11) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 27. Stammel, Polizei Waffen, 154.

12) Verschiedene Fachleute sind der Ansicht, dass sich diese Munition wegen der erwähnten Eigenschaften für polizeiliche Zwecke nicht oder nur schlecht eigne. Vgl. dazu Boller, Polizeiliche Bewaffnung, 241. Howald, Gedanken zur polizeilichen Bewaffnung, 146. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 87 f. Engel, Aktuelle Fragen, 345. Stammel, Polizei Waffen, 141. A.M. Wettscherek, Schiessausbildung, 202 f.

Trotzdem birgt der Einsatz derartiger Munition eine gewisse Wahrscheinlichkeit tödlicher Verletzungen des Getroffenen in sich; der Unterschied zur Munition mit hoher Mannstoppwirkung liegt im wesentlichen nur darin, dass sich die Auswirkungen des Geschosses nicht sofort, sondern erst nach geraumer Zeit einstellen.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen E., zusammengestellt nach einem internen Polizeirapport.

Während ihrer Nachtpatrouille wurden die beiden Beamten Kpl M. und PS M. aufgrund eines in einer Garage ausgelösten Einbruchalarmes über Funk an den Tatort beordert. Im Moment, als ein weiterer Polizist die Eingangstüre zum Bürotrakt des Tatobjektes kontrollieren wollte, sprang E. aus dem Fenster an der Rückseite des Gebäudes in Richtung eines abgestellten Personenwagens. PS M., der dort Posten bezogen hatte, konnte jenem den Weg versperren. Bevor jedoch der zu Hilfe eilende Kpl M. E. erreicht hatte, konnte sich dieser losreißen. Da Kpl M. in der Hand des Einbrechers einen pistolenähnlichen Gegenstand festzustellen glaubte - der sich im übrigen später als geladener Revolver entpuppte -, gab er nach einem Warnruf auf eine Distanz von ca. acht Meter einen gezielten Schuss auf die Beine des E. ab. Jener setzte jedoch seine Flucht auch nach der Schussabgabe unvermindert fort, rannte über eine Wiese und verschwand im angrenzenden Wald.

Erst viel später konnte E. im Rahmen einer gezielten Fahndungsaktion angehalten und verhaftet werden. Er erklärte, er habe sich nicht ergeben, weil er an den Erfolg seiner Flucht geglaubt und gehofft habe, sich auf diese Weise einer Verhaftung und der Bestrafung entziehen zu können. Dies obschon ihm Kpl M. zu Beginn seiner Flucht ins linke Bein geschossen habe.

Zur zweiten Gruppe von Geschossen können diejenigen gezählt werden, welche grundsätzlich ihre gesamte Energie beim Aufprall auf den getroffenen Körperteil verlieren. Sie haben gegenüber der erstgenannten Gruppe den Vorteil, dass sie den Körper des Getroffenen nur ausnahmsweise durchdringen und deshalb im Falle eines Treffers für Dritte kaum mehr eine Gefahr bedeuten. Ihre wichtigste Eigenschaft liegt in der grossen Schock- bzw. Mannstoppwirkung. Diese wird grundsätzlich dadurch erreicht, dass sich die Geschosse im Körper zerlegen (Teilmantelgeschosse, Teilmantel-Hohlspitzgeschosse), was zu sehr schweren Verletzungen und bei Rumpftreffern mit überdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit zum Tode führt, oder dass sie sich verformen (Stauch- und Expansionsgeschosse) und so infolge eines zwar im Verhältnis zu den Zerleggeschossen kleineren Schusskanals, jedoch sehr grossen hydrodynamischen Schocks ebenfalls eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit tödlicher oder sonst

sehr schwerer Verletzungen mit sich bringen (13), indem etwa bei Treffern in die Extremitäten Amputationen nötig werden können.

Entgegen der Ansicht Hugs (14) geht es demnach bei der Bewirkung der sofortigen Angriffsunfähigkeit des Polizeipflichtigen nicht primär darum, möglichst grosskalibrige Waffen anzuschaffen, sondern darum, eine Munition zu verwenden bzw. zu konstruieren, die eine hohe mannstoppende Wirkung aufweist.

Eine dritte Gruppe von Geschossen bilden die Schrotgeschosse, welche primär aus Flinten verschossen werden. Sie haben vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika eine grosse Verbreitung als Polizeimunition gefunden (15). In den europäischen Ländern werden derartige Geschosse gegen Personen zur Zeit kaum eingesetzt, weil hier vielerorts immer noch in spezifisch militärischen Kategorien gedacht wird (16). Immerhin ist es m.E. falsch, wenn die Schrotflinte nun plötzlich als die ideale Polizeiwaffe angepriesen wird, indem man erklärt, ihre Geschosse hätten auf Distanzen von 25 - 50 Metern lediglich Kampf- und Fluchtunfähigkeit und nur äusserst selten den Tod des Getroffenen zur Folge (17). Richtig ist, dass Schrotgeschosse eine sinnvolle Ergänzung des polizeilichen Munitionsarsenals bilden können und daher auch zum Einsatz gebracht werden sollten. Ihr grosser Vorteil liegt einerseits in der aufgrund des Streukreises der Schrotgarbe gegenüber anderen Geschossen erhöhten Treffererwartung und andererseits in der relativ geringen Gefährdung Dritter, indem die Schrotkugeln ab Distanzen von über 50 Metern - je nach Bekleidung des Getroffenen - keine tödlichen Verletzungen mehr bewirken und ab Entfernungen von über 100 Metern praktisch harmlos sind. Sie haben jedoch auch Nachteile. Wenn man mit Stammel und Hug noch davon ausgehen wollte, dass Schrotgeschosse auf 25 - 50 Meter "... eine bedeutend

13) Stammel, Polizeiwaffen, 139 ff. Vgl. auch Boller, Polizeiliche Bewaffnung, 241 f. Howald, Schusswaffen, 147. Hübner, Combat-Schiess-Technik, 187 ff. Derselbe, Polizei-Taktiken, 38 ff. Wettscherek, Schiessausbildung, 202 f.

14) Hug, Schusswaffengebrauch, 225 f.

15) Stammel, Polizeiwaffen, 323 ff.

16) Howald, Schusswaffen, 146. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 93. Stammel, a.a.O., 13 ff.

17) Hug, Schusswaffengebrauch, 220 ff. im Anschluss an Stammel, a.a.O., 323 ff.

höhere Schock- und Rückwerfwirkung als Pistolengeschosse..." aufweisen und auf diese Distanz einen "... geringen tödlichen Effekt..." haben (18), obgleich auch von jenen beiden Autoren unbestritten ist, dass der sofortige Todeseintritt bei Körpertreffern nur in Ausnahmefällen auf Organverletzungen (z.B. Herz- oder Hirntreffer), regelmässig aber auf den eingetretenen Schock zurückzuführen ist, so muss doch ganz unmissverständlich darauf hingewiesen werden, dass eine hohe Mannstoppwirkung primär nur auf ganz kurze Distanz erreicht werden können muss. Einmal wird es kaum je notwendig sein, einen Flüchtenden unter Inkaufnahme des Risikos eines Schocktodes sofort fluchtunfähig zu schiessen, da es immer auch genügt, wenn er seine Flucht eine kurze Zeitspanne nach dem Treffer aufgibt, zum andern sind wenig Fälle bekannt, in denen Beamte auf Distanzen von über 30 Meter angegriffen wurden, indem beinahe alle Angriffe aus einem Abstand von weniger als zehn Meter erfolgen. Auf diese Distanz jedoch ist ein Schrotschuss absolut tödlich. Zudem gilt auch hier, dass der Polizeibeamte im normalen Dienst nur eine Schusswaffe bzw. Munition so schnell griffbereit haben kann, dass er imstande ist, plötzlich drohende Angriffe abzuwehren (19).

Da nun die Schrotmunition auf Distanzen bis zu ca. 20 Metern, d.h. innerhalb der praktisch häufigsten Schussdistanzen im Abwehrbereich tödlich wirkt und ihre hohe Schockwirkung gegen Flüchtende kaum je notwendig ist, kann sie unmöglich als primär zu verwendende Munition für den Beamten abgegeben werden. Ihre Verwendung scheint m.E. vielmehr nur im geplanten Einsatz sinnvoll, da sie - als in den praktischen Schussdistanzen sehr gefährliche Munition - nur dann dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend eingesetzt werden kann, wenn je nach Lage auch für die körperliche Integrität des Pflichtigen weniger gefährliche Munitionsarten zur Verfügung stehen und eingesetzt werden können.

Bezüglich der angeführten ersten drei Hauptgruppen von Munitionsarten kann zusammenfassend folgendes festgehalten werden: Jede Schussabgabe gegen Personen beinhaltet das Risiko tödlicher Verletzungen des Getroffenen. Beim Gebrauch von Vollmantelgeschossen besteht eine relativ grosse Gefährdung

18) Stammel, Polizeiwaffen, 327. Hug, Schusswaffengebrauch, 221.

19) Hug, Schusswaffengebrauch, 226.

Dritter bei schlechter Mannstoppwirkung, während der Einsatz von Teilmantel-, Stauch- und Expansionsmunition den erwünschten Mannstoppeffekt bringt, gleichzeitig aber - im Verhältnis zu den Vollmantelgeschossen - deutlich schwerere und eventuell bleibende Schädigungen der körperlichen Gesundheit bewirkt. Da der Einsatz der heute gebräuchlichen Vollmantelmunition nicht zu verhindern vermag, dass ein getroffener Angreifer weiterschiesen kann, fragt sich, ob man nicht konsequenterweise jedem Polizeibeamten mannstoppende Munition abgeben und gleichzeitig die Rechtfertigungsvoraussetzungen in der Weise verschärfen sollte, dass nur mehr dann zur Waffe gegriffen werden dürfte, wenn das staatliche Interesse an der zwangsweisen Durchsetzung hoheitlicher Entscheide so schwer zu gewichten ist, dass es eine schwere Verletzung des Getroffenen aufzuwägen vermöchte. Dies wäre bei der Vollstreckung strafprozessualer Massnahmen dann der Fall, wenn der mutmassliche Täter mindestens eines Verbrechens oder Vergehens mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus oder Gefängnis dringend verdächtig ist; zur Gefahrenabwehr könnte die Schusswaffe demzufolge dann eingesetzt werden, wenn ohne ein derartiges polizeiliches Einschreiten eine solch schwere Straftat nicht verhindert werden könnte (20). Eine auf diesen Prinzipien beruhende Normierung des Schusswaffengebrauchs wäre m.E. durchaus vertretbar, da einerseits das Verhältnis zwischen den Interessen am Verzicht auf der einen und am Einsatz der Schusswaffe auf der anderen Seite gleich bleibt und andererseits dem Polizeibeamten die Möglichkeit einer besseren Selbstverteidigung im Falle gefährlicher rechtswidriger Angriffe gewährt würde.

Was die Schrotgeschosse betrifft, ist festzuhalten, dass sie zwar eine sehr hohe Mannstoppwirkung haben und auf grössere Entfernungen für Dritte kaum mehr gefährlich sind, dass sie jedoch andererseits im Bereiche der in der Praxis weitaus häufigsten Schussdistanzen mit hoher Wahrscheinlichkeit tödlich wirken. Aus diesem Grunde kann ihre Gefährlichkeit nur anhand der konkreten Situation bestimmt werden, wobei ihr Einsatz auf Distanzen unter 20 - 30 Meter gegen Flüchtende grundsätzlich zu gefährlich ist; Schrotgeschosse können folglich nicht generell als Standardmunition, sondern nur als Ergänzung zur übrigen Munition für spezielle Einsätze bereitgehalten werden.

20) Vgl. unten, 218 ff., 238 ff.

Die vierte Munitionsgruppe umfasst schliesslich diejenigen Geschosse, die eine so geringe Wirkung auf den Getroffenen ausüben, dass sie ihn nicht flucht- oder angriffsunfähig zu machen vermögen. Dazu zählen eine Unzahl von Plastik-, Gummi- oder Holzgeschossen, welche aus Maschinengewehren, -pistolen, Handfeuerwaffen oder anderen Schussgeräten verschossen werden können (21). Hierher gehören unter anderen auch die vor allem bei unbewilligten Demonstrationen verwendeten Gummigeschosse, welche in der Schweiz aus einem umgebauten Karabiner (Tw 73) verschossen werden.

Es empfiehlt sich im übrigen erfahrungsgemäss, die bei Neuerscheinungen angepriesenen Eigenschaften derartiger Geschosse hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes zu überprüfen; insbesondere wird es kaum je möglich sein, ein Geschoss zu entwickeln, welches für die körperliche Integrität des Getroffenen schadlos ist, jenen aber trotzdem augenblicklich angriffs- bzw. fluchtunfähig macht (22).

2.2. Der Wirkungsbereich der Schusswaffen als Kriterium der Gefährlichkeit

Wie schon aus dem vorstehenden Abschnitt hervorgegangen ist, ist die gezielte Schussabgabe nicht generell, sondern nur dann als gefährlich zu betrachten, wenn strafrechtlich gegen derartige Beeinträchtigungen geschützte Rechtsgüter dem Wirkungsbereich der Geschosse unterliegen. Beispielsweise ist das Schiessen auf Scheiben im Schiessstand unter Einhaltung der Sicherheitsbestimmungen als völlig ungefährlich zu betrachten, während ein einziger gezielter Schuss auf einen flüchtenden Mörder in einer belebten Einkaufsstrasse für Leib und Leben vieler Personen eine ernsthafte Gefahr bilden kann.

Für die Bestimmung des strafrechtlich relevanten Wirkungsbereichs ist neben der praktischen Streuung, der verwendeten Munition und der Beschaffenheit der Auftrefffläche des Geschosses im Hinblick auf allfällige Abpraller in

21) Stammel, Polizeiwaffen, 348 ff.

22) Howald, Gedanken zur polizeilichen Bewaffnung, 146. Vgl. auch unten, 213 f.

erster Linie wesentlich, ob und gegebenenfalls welche Rechtsgüter durch die Geschosse voraussichtlich beeinträchtigt werden können. Es kommt somit für die Berechnung der Gefährlichkeit einer Schussabgabe darauf an, ob und wieviele Personen oder Sachgüter sich im Wirkungsbereich des Geschosses befinden.

Grundsätzlich wird diesem Gesichtspunkt bei der Regelung des Schusswaffengebrauches dadurch Rechnung getragen, dass jener untersagt wird, wenn Unbeteiligte gefährdet sind (23); weil eine gewisse Gefahr für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter nie ganz ausgeschlossen werden kann (24), verlangt der DMuE in § 41 Abs. 4 in diesem Zusammenhang realistischer, dass grundsätzlich nur dann vom Einsatz von Schusswaffen gegen Personen abzusehen sei, "wenn für den Polizeibeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden". Dies gilt dann nicht, "wenn der Schusswaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr ist" (25). Diese Lösung ist sicher richtig, da selbst bei optimaler Treffererwartung eine Mehrzahl von Personen gefährdet ist, indem insbesondere die heute gebräuchliche Munition trotz eines Treffers nach wie vor genügend Energie aufweist, um weitere Menschen ernsthaft zu verletzen; nur die hohe Wahrscheinlichkeit der Vernichtung des Lebens einer Person vermag die Inkaufnahme einer eventuellen Verletzung mehrerer unbeteiligter Personen zu rechtfertigen.

Im Gegensatz zu verschiedenen Ländergesetzen (26) regelt der DMuE den Schusswaffengebrauch gegen eine Menschenmenge nicht, woraus geschlossen werden kann, dass jener danach als unzulässig betrachtet wird. In den erwähnten Ländergesetzen ist der Einsatz von Schusswaffen gegen eine Menschenmenge

23) Bremer, Waffengebrauch, 58 f. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 35, 61. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 85 f. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 34 f. Pioch, UZwG, 179. Amtliche Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 1 MuDA 76.

24) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 27.

25) § 41 Abs. 4 DMuE.

Zum Problem des Schusswaffengebrauchs gegen Personen in einer Menschenmenge vgl. Gebhart, Schusswaffengebrauch gegen Personen in einer Menschenmenge, 331 ff.

26) Zitate bei Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 65 ff., insbesondere Anm. 85. Bremer, Waffengebrauch, 71 ff. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 98 ff. Pioch, UZwG, 164 f.

dann zugelassen, wenn von ihr oder aus ihr heraus Gewalttaten begangen werden oder unmittelbar bevorstehen und Zwangsmassnahmen gegen Einzelne erfolglos sind.

Da beim Schusswaffengebrauch gegen eine Menschenmenge Unbeteiligte in gleichem Masse gefährdet sind wie die Gewalttäter, überwiegen m.E. die Interessen jener Unbeteiligten am Verzicht auf den Schusswaffeneinsatz so eindeutig, dass mir die Abgabe gezielter Schüsse in einem solchen Falle nicht zulässig erscheint (27). Die Durchsetzung hoheitlicher Akte durch Schusswaffengebrauch setzt in jedem Fall die Kenntnis der den Gehorsam Verweigernden voraus, da ein derart gefährliches Zwangsmittel, wie es die Schusswaffe darstellt, nur gegen den Pflichtigen eingesetzt werden darf; gerade beim Einsatz von Zwangsmitteln gegen Menschenansammlungen können jedoch die Polizeipflichtigen regelmässig nicht von den Unbeteiligten unterschieden werden. Somit ist der Schusswaffeneinsatz gegen eine Menschenmenge nur dann zulässig, wenn er auch gegenüber jedem Einzelnen in der Ansammlung statthaft ist. Diese Regelung dürfte in der Schweiz geltendes Recht sein, da hier eine spezielle Vorschrift betreffend den Einsatz von Schusswaffen gegen Menschenansammlungen fehlt (28).

Eine unter dem Gesichtspunkt des Wirkungsbereichs der Waffe ähnliche Situation besteht beim Schiessen auf die Räder eines Fluchtfahrzeuges hinsichtlich der dadurch regelmässig hervorgerufenen Gefährdung der Insassen (29). Zudem muss bei der Bestimmung der Gefährlichkeit eines derartigen Schusswaffeneinsatzes berücksichtigt werden, dass sich auch Treffer in die Pneus von Motorfahrzeugen für die Insassen gefährdungserhöhend auswirken können. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Räder des Wagens in einer scharfen Kurve getroffen werden und der Lenker zufolge der plötzlichen Beschädigung der Reifen die Herrschaft über sein Fahrzeug verliert (30).

27) Aehnlich Hug, Schusswaffengebrauch, 275 ff. Hirsch, Musterentwurf, 102.

28) Aehnlich Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik, 31, 83.

29) Hug, Schusswaffengebrauch, 252. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 30, 566 f. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 86, zählen den Schusswaffengebrauch gegen Fahrzeuge zum Waffengebrauch gegen Personen und nicht zu demjenigen gegen Sachen, da die Wahrscheinlichkeit, dass auch die verfolgten Personen Verletzungen davontragen, ihres Erachtens gross ist.

30) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 48. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 143.

2.3. Die Fähigkeiten des Schützen als gefährdungsbestimmender Faktor

2.3.1. Die Beherrschung der Schusswaffe durch den Schützen

Einen wesentlichen Faktor bei der Bestimmung der Gefährlichkeit des polizeilichen Schusswaffengebrauchs bildet die Schiesstüchtigkeit des Beamten. Grundsätzlich ist der Einsatz von Schusswaffen durch einen Polizisten, der im Umgang mit jenen ungenügende Erfahrung hat, als sehr gefährlich für Leib und Leben des Zwangsunterworfenen zu betrachten, da mit viel zu geringer Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein solcher Beamter trifft, worauf er gezielt hat (31). Voraussetzung einer möglichst geringen Gefährdung strafrechtlich geschützter Werte ist somit eine fundierte Ausbildung und ein ständiges Training (32). Allerdings muss vor der Fiktion des Kunstschützen gewarnt werden. Sich bewegende Beine eines sich entfernenden oder näherenden Flüchtenden bzw. Angreifenden zu treffen, wäre selbst für einen hochqualifizierten Sportschützen mehr Zufall als Sicherheit (33).

Eine Durchsicht des vorhandenen Zahlenmaterials betreffend die Treffsicherheit beim Einsatz der Schusswaffe zeigt, dass Rechtsbrecher nur in etwa 30 % der Fälle, in denen ein oder mehrere Schüsse abgegeben wurden, überhaupt getroffen worden sind (34). Dieser Prozentsatz lag früher tiefer und konnte nur dank modernen Mitteln und Methoden bei der Schiessausbildung sowie gesteigertem Zeitaufwand erhöht werden. Wollte man die Trefferquote pro abge-

31) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik, 30, 564. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 106. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 23.

32) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 332. Hug, Schusswaffengebrauch, 244 f. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik, 30, 564. Amft, Sicherung des Polizeibeamten, 206. Ehrlich, Zum Schusswaffengebrauch, 12 f. Engel, Aktuelle Fragen, 342 f. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 23. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 159 ff. Wettscherek, Schiessausbildung, 205 ff. Hübner, Combat-Schiess-Technik, 50 ff. Zur Ausbildung ganz allgemein, vgl. Mikuteit, Ausbildung, 220 ff.

33) Amft, a.a.O. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 32. Engel, a.a.O., 343. Stammel, Polizei Waffen, 20. In diesem Sinne äusserte sich auf eine entsprechende Umfrage auch die Mehrheit der schweizerischen Polizeikommandanten.

34) Löw, Schusswaffengebrauch, 365, errechnete für Hessen einen Prozentsatz von 36 % Treffern bei 189 Fällen von Schusswaffengebrauch. Beanstandet werden die Schiessleistungen der deutschen Polizei etwa von Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 104. Stammel, Polizei Waffen, 20.

gebenen Schuss berechnen, würden proportional bedeutend weniger Treffer registriert (35). Daraus kann umgekehrt der Schluss gezogen werden, dass auch ein gutausgebildeter Schütze, der auf die Beine zielt, den Rumpf und damit möglicherweise lebenswichtige Organe treffen kann (36).

Im übrigen hängt die Trefferwahrscheinlichkeit entscheidend von ganz verschiedenen Faktoren ab, die oftmals kumulativ vorliegen können, beispielsweise etwa von den Lichtverhältnissen, der Entfernung zwischen Schütze und Ziel, der vor der Schussabgabe erbrachten körperlichen Leistung des Schützen (37) oder von der zwischen der Beurteilung der Lage und der Schussabgabe zur Verfügung stehenden Zeit usw. Auf der anderen Seite hat das Verhalten des Flüchtenden oder Angreifenden einen Einfluss auf die Trefferwahrscheinlichkeit, indem beispielsweise eine sich quer zur Schussrichtung bewegende oder halb versteckte, hinter einer Mauer kauernde Person schwerer zu treffen ist als ein über ein offenes Feld in der Schussrichtung flüchtender oder angreifender Täter.

In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass auch der gut trainierte Polizeibeamte - je nach Situation - ganz verschiedene Schiessresultate erbringen wird, ohne dass deshalb behauptet werden könnte, er beherrsche seine Schusswaffe nicht; jener Erkenntnis ist bei der Festsetzung der Sorgfaltspflichten unter dem Gesichtspunkt des Könnens der Vollzugsbeamten Rechnung zu tragen (38).

35) In der Schweiz sind entsprechende Berechnungen nicht möglich, da einerseits die Herausgabe von Zahlenmaterial von verschiedenen Polizeikommandi verweigert wird und andererseits an mehreren Orten keine diesbezüglichen Statistiken geführt werden. Immerhin dürfte aufgrund des vorhandenen, eingesehenen Zahlenmaterials die Trefferwahrscheinlichkeit etwa gleich gross sein wie in Deutschland.

36) Engel, Aktuelle Fragen, 343. Nach Löw, Schusswaffengebrauch, 365, waren die Schussverletzungen bei Rechtsbrechern in Baden-Württemberg, Hessen, Pfalz und Schleswig-Holstein in ca. 10 - 15 % tödlich. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 72, errechnete bei seinen Untersuchungen bei ca. 20 % der Getroffenen tödliche Verletzungen. Vgl. auch die Statistik für Nordrhein-Westfalen bei Wettscherek, Schiessausbildung, 203 ff.

Nach der Durchsicht von etwas über 100 Fällen von Schusswaffengebrauch in der Schweiz kann geschlossen werden, dass hier der entsprechende Prozentsatz möglicherweise etwas tiefer liegt.

37) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 32. Triffterer, Der tödliche Fehlschuss, 359.

38) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 32. Erben/Szirba, 50 f.

Somit hat der Beamte vor der Schussabgabe die Trefferwahrscheinlichkeit im konkreten Fall und damit den Gefährdungsgrad der körperlichen Integrität des Zwangsunterworfenen und allfälliger Dritter unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände zu bestimmen. Generell ist wohl davon auszugehen, dass ein durchschnittlicher Schütze bei freihändigem Schiessen mit einer Faustfeuerwaffe erfahrungsgemäss die Beine des Polizeipflichtigen nur auf ganz kurze Distanz, d.h. nur bis etwa 15 Meter mit hoher Wahrscheinlichkeit trifft. Mit zunehmender Schussdistanz oder anderen erschwerenden Umständen nimmt die Trefferwahrscheinlichkeit sofort erheblich ab, weshalb mit Rumpftreffern zu rechnen ist.

Geradezu weltfremd mutet es an, wenn verlangt wird, der Polizeibeamte müsse beim gezielten Schuss in die Beine darauf achten, nicht die Kniescheibe zu treffen, da der Getroffene dann unter Umständen das Bein verlieren oder steif behalten werde; ein derartiger Schaden wiege schwerer als ein einfacher Beinschuss und müsse bei der Abklärung der Verhältnismässigkeit speziell berücksichtigt werden (39).

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen B., zusammengestellt nach dem dem Urteil der Gerichtskommission Werdenberg vom 10. März 1977 (Prozedur Nr. 33054) zugrundeliegenden Sachverhalt.

Nachdem bereits zweimal in das Einkaufszentrum W. eingebrochen worden war, trat die von der Polizei nunmehr installierte Alarmanlage am 9.7. 1975, ca. 00.10 Uhr, in Funktion. Neben anderen Beamten wurden Sch. und E. an den Tatort befohlen, um die Einbrecher festzunehmen. Unmittelbar nach dem Eintreffen beim Einbruchsobjekt gewährte Sch. eine Person, welche in Richtung Autostrassenanschluss flüchtete. Nach einem Warnruf gab er zwei tiefgezielte Schüsse auf den Unbekannten ab. Diesem gelang es aber, nachdem er sich sofort fallengelassen hatte, in der Dunkelheit zu entkommen, wobei sich nachträglich herausstellte, dass er nicht getroffen worden war.

Hierauf begab sich Sch. an den Rand der Autostrassenausfahrt, um das Gebäude besser überblicken zu können. Kurz darauf sah er einen Personenwagen daherkommen und rief seinen Kollegen E. zu Hilfe, um gemeinsam die Fahrzeuginsassen zu kontrollieren.

Da der Lenker auf die Haltezeichen des Beamten nicht reagierte, weil er zufolge ungenügender Kennzeichnung der Beamten an einen Ueberfall glaubte, machte er einen Schwenker nach links, gab Gas und versuchte die Flucht nach vorne.

Daraufhin gab Sch., nunmehr in der Annahme bestärkt, es mit dem Tatfahrzeug zu tun zu haben, mit der Maschinenpistole im Hüftanschlag ca. neun bis zehn tiefgezielte Schüsse auf das Fluchtfahrzeug ab. Der Wagen bog danach nach links ab und hielt an. Trotz deutlichem Warnruf und zusätzlichem Warnschuss durch E. flüchtete der Lenker hierauf zu Fuss. Sch. schoss "... kurz bevor der Unbekannte in der Dunkelheit verschwand...", zwei bis drei Schüsse auf dessen Beine. Der Flüchtende konnte schliesslich verhaftet werden, wobei sich herausstellte, dass er mit dem Einbruch nichts zu tun gehabt hatte, sondern geflohen war, weil er an einen bewaffneten Ueberfall geglaubt hatte. Durch die Schussabgaben war er infolge eines Steckschusses am rechten Oberarm sowie eines Streifschusses an der linken Halsseite verletzt worden.

Für die nachfolgende Besprechung wird angenommen, Sch. und E. hätten die tatsächlichen Verhältnisse sorgfaltsgemäss geprüft und zur Auffassung gelangen dürfen, der flüchtende B. sei mittels Schusswaffengebrauchs festzunehmen. In der Einvernahme erklärten die beiden Polizeibeamten, sie hätten auf die Räder des Fluchtfahrzeuges bzw. auf die Beine des Flüchtenden gezielt. Die Bewirkung der Fluchtunfähigkeit auf diese Weise war - die generelle Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs immer vorausgesetzt - sicher die einzig wirksame, sofortige Zwangsmassnahme gegenüber B., wenngleich man sich fragen kann, ob nicht die Möglichkeit bestanden hätte, ihn nach dem Verlassen des Fahrzeuges durch den am Ort anwesenden Diensthund stellen zu lassen.

Unter dem Gesichtspunkt des Könnens des Polizeibeamten nicht unbedenklich scheint mir aber die Abgabe von Schüssen aus einer Maschinenpistole im Hüftanschlag und das nochmalige Schiessen auf den zu Fuss flüchtenden B. auf eine relativ grosse Distanz und in der Dunkelheit. M.E. ist es auch für einen sehr geübten Schützen unmöglich, ein fahrendes Motorfahrzeug durch rasches Einzelfeuer aus der Hüfte ohne ganz erhebliche Gefährdung des Lenkers und allfälliger anderer Insassen zum Stehen zu bringen, da die praktische Streuung bei dieser Schiessstellung und Feuerart im Minimum das ganze Fahrzeug abdeckt. Aehnliches gilt für die nachfolgende Schussabgabe auf den zu Fuss Flüchtenden in der Dunkelheit auf über 50 Meter Distanz. Aus diesem Grunde scheint mir der Einsatz der Schusswaffe in der umschriebenen Weise nicht zulässig, da nicht nur das mit jedem Schuss gegen Personen verbundene Risiko lebensgefährlicher Verletzungen des Pflichtigen eingegangen, sondern die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit schwerster oder tödlicher Verletzungen in Kauf genommen wurde.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen C., zusammengestellt nach dem der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 11. Mai 1970 (Prozedur Nr. 149/70) zugrundeliegenden Sachverhalt.

Polizist G. erappte um 01.30 Uhr den Einbrecher C. auf frischer Tat. Der letztere ergriff die Flucht und liess auch nach zweifacher Androhung des Schusswaffengebrauchs und zwei Schüssen, die ihr Ziel verfehlten, nicht davon ab. Als der Polizeibeamte den Einbrecher nach kurzer Verfolgung im Lichte seiner Stablampe hatte, sah er, wie sich dieser bückte und offenbar unter einem Zaun durchschlüpfte. G. entschloss sich, einen dritten Schuss abzugeben. Er richtete die Stablampe auf den Flüchtenden. Als er die Vorbereitungen zur Schussabgabe getroffen hatte, hatte sich C. bereits wieder erhoben. G. visierte den Flüchtenden in der Vertikale an und zielte dabei bewusst tief auf die Beine. Unmittelbar nach der Schussabgabe schrie der Einbrecher auf; Im Lichtkegel seiner Stablampe stellte G. fest, wie dieser die Arme verwarf und in der Folge zu Boden stürzte. Der am Tatort erschienene Arzt konnte nur noch den Tod des Getroffenen feststellen. Gemäss dem Gutachten des Gerichtlich-Medizinischen Institutes der Universität Zürich vom 30. Juni 1969 wies der Getötete einen einzigen Durchschuss mit den Kriterien eines Fernschusses auf, wobei der Wundkanal steil anstieg (Einschuss tief an rechter Rückseite, Ausschuss hoch an rechter Brustseite). Daraus wurde geschlossen, dass sich der Getötete im Zeitpunkt der Schussabgabe in erheblich gebückter Haltung befunden hatte. Wie in der Einstellungsverfügung ausgeführt wird, hatte G. diesen Umstand nicht zu vertreten, "da er unter den gegebenen Umständen mit diesem weder rechnen konnte, noch damit rechnen musste. Für ihn war es nicht voraussehbar, dass sich der Fliehende im Augenblick der dritten Schussabgabe nochmals bücken könnte, um unter einem zweiten Drahtzaun durchzuschlüpfen".

Mit diesem Beispiel soll dargestellt werden, dass das Verhalten des Zwangsunterworfenen entscheidenden Einfluss auf die Trefferwahrscheinlichkeit und Trefferlage haben kann. Zutreffend hat die Staatsanwaltschaft im Ergebnis festgestellt, G. habe auch bei pflichtgemässer Abklärung der Sachlage nicht erkennen können, dass C. im Moment der Schussabgabe im Begriffe war, sich ein zweites Mal zu bücken. Da ihm deshalb für die mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende Einschätzung des Sachverhaltes kein Vorwurf gemacht werden konnte, ist er zu Recht für den Tod des C. in strafrechtlicher Hinsicht nicht verantwortlich gemacht worden.

2.3.2. Fähigkeit des Schützen, jederzeit in gefahrminderndem Sinne einzugreifen

Wenn der Polizeibeamte von der Schusswaffe Gebrauch gemacht hat, hat er dafür zu sorgen, dass die dadurch entstandene Beeinträchtigung von Rechtsgütern in möglichst kleinem Rahmen bleibt. Immer, wenn eine Person getroffen worden ist und es die Umstände erlauben, hat er erste Hilfe zu leisten (40). Ist die Situation, die den Einsatz von Schusswaffen erforderlich macht, voraussehbar, d.h. kann eine polizeiliche Aktion vorausgeplant werden, besteht die Möglichkeit, die Gefährlichkeit der Zwangshandlung dadurch zu mindern, dass für die Betreuung allfälliger Verletzter optimale Voraussetzungen geschaffen werden, indem etwa Sanitätsmaterial, ein ausgebildeter Sanitäter oder gar ein Arzt an den Einsatz mitgenommen oder aber zumindest auf Pikett gestellt und für den Transport von Verletzten geeignete Fahrzeuge bereitgehalten werden (41).

Vor der Schussabgabe können zur Herabsetzung der Gefahren im möglichen Schussbereich sich befindliche Leute weggewiesen und durch Wahl geeigneter Standorte optimale Verhältnisse geschaffen werden.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen G., zusammengestellt nach dem dem Urteil des Kantonsgerichts Appenzell-Ausserrrhoden vom 27. Januar 1978 zugrundeliegenden Sachverhalt.

Am Samstag, dem 11. September 1976, um 05.37 Uhr, wurde den Polizeibeamten S. und W. mitgeteilt, im Verlaufe eines Familienstreites habe sich der Ehemann G. mit seinem vierjährigen Kind eingeschlossen und gedroht, es umzubringen. Auf diese Meldung hin rückten die beiden Beamten aus und durchsuchten das Gebäude, in welchem sich G. verschanzt hatte. Aufgrund der Mitteilung, dass G. vermutlich im Besitze einer Schusswaffe sei, lud W. seine bereits entsicherte Dienstpistole. Nachdem die Durchsuchung des ersten und zweiten Stockes ergebnislos verlaufen war, erblickte W. den G., als er die Tür zur Kellertreppe öffnete. Obwohl jener diesen zum Stehenbleiben aufforderte, flüchtete G. in Richtung des ebenerdigen Kellerausganges. W. setzte ihm nach und konnte ihn an einer engen Stelle zwischen einer Scheiterbeige und parkierten Autos beinahe einholen, als er über herumliegende Scheiter stolperte und umfiel. Beim Aufprall löste sich ein Schuss und traf G. tödlich in den Kopf.

40) Art. 4 MuDA 76

41) Vgl. unten, 253 f.

In seinen Erwägungen kommt das Kantonsgericht zum Schluss, W. habe dadurch, dass er während der Durchsuchung des Hauses seine Dienstwaffe in geladenem und ungesichertem Zustand getragen habe, keine Sorgfaltspflichten verletzt, da er sich und seinen Kollegen nur so vor allfälligen Angriffen mittels Schusswaffen seitens G. habe schützen können. Dieser Ueberlegung ist sicher zuzustimmen.

Aus dem im Urteil wiedergegebenen Sachverhalt geht leider nicht hervor, als wie dringend die Befreiung des Kindes seitens der Polizeibeamten eingestuft wurde. War nach pflichtgemässer Einschätzung der Sachlage sofortiges Handeln am Platz, haben die beiden Beamten sicher richtig gehandelt; die Schussabgabe und die damit verbundene Tötung des G. ist als Realisierung des dem Einsatz von Schusswaffen immanenten Risikos und daher nicht als strafbares Verhalten, sondern als Unglücksfall zu betrachten. Hätte man ex ante mit so grosser Wahrscheinlichkeit davon ausgehen müssen, das Kind befinde sich nicht in unmittelbarer Lebensgefahr, dass die Anordnung der sofortigen Festnahme des G. als offensichtlich unnötig erschienen wäre, und hätten die beiden Beamten auch in diesem Fall unverzüglich gehandelt, so könnte das Verhalten des W. unter Umständen und in geringem Umfange als pflichtwidrig bezeichnet werden; in einer solchen Situation nämlich wäre es im Sinne einer vorausschauenden Planung angezeigt gewesen, zusätzliche Polizeikräfte aufzubieten, um eine allfällige Flucht durch in der Umgebung des Hauses postierte Beamte zu verhindern. Dadurch hätte sich W. nur auf die Durchsuchung der Räume im Haus und damit den Schutz des Kindes und seiner selbst zu konzentrieren gehabt und wäre nicht genötigt gewesen, plötzlich einen Fliehenden zu verfolgen.

3. DIE GEFAEHRlichkeit ALTERNATIVER POLIZEILICHER SCHUSSWAFFEN UND MUNITION

Im folgenden wird der Frage nachgegangen, ob der Polizei im jetzigen Zeitpunkt Mittel zur Verfügung stehen, welche den Gebrauch der Schusswaffe im herkömmlichen Sinne überflüssig machen können, weil sie für den Zwangsunterworfenen deutlich weniger gefährlich wären.

Dabei ist zu beachten, dass sich in den letzten Jahren ein eigentlicher Industriezweig darauf spezialisiert hat, die Polizeikorps in ganz Europa mit allem möglichen Material auszurüsten. Insbesondere bei den Zwangsmitteln und dem persönlichen Schutzmaterial erscheinen periodisch "Marktneuheiten", die sich nur selten von der konventionellen Polizeiausrüstung unterscheiden, jedoch durch perfekte Werbung und unter Hinweis auf die Verantwortung der vorgesetzten Behörden für ihre Vollzugsbeamten als absolut sicher bzw. ungefährlich angepriesen werden. Wirkliche und wesentliche Alternativen zu den bestehenden Ausrüstungsgegenständen sind naturgemäss selten.

Dieses an sich bekannte Marktverhalten birgt die nicht unerhebliche Gefahr in sich, dass die angepriesenen Eigenschaften der neuen Geräte ohne vorherige Ueberprüfung für wahr gehalten und bei der Beurteilung polizeilichen Verhaltens als Alternativen im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Zwangshandlung ins Auge gefasst werden.

Im folgenden soll versucht werden, die in verschiedenen Publikationen zum Ausdruck kommende Euphorie über den Gebrauch der Schusswaffe im herkömmlichen Sinne überflüssig machende Zwangsmittel etwas zu relativieren, da bei der Beurteilung polizeilichen Verhaltens durch die zuständigen Behörden und die Massenmedien auf die effektiven polizeilichen Möglichkeiten und nicht auf blossem Wunschdenken entspringende Zwangsmittel abzustellen ist.

3.1. Reizstoffe

In praktisch allen Polizeikorps werden verschiedene Arten von Polizeikampfstoffen bereitgehalten und nötigenfalls eingesetzt; gebräuchlich sind vor allem CN (Chloracetophenon), CS (o-Chlor-benzal-malonnitril bzw. o-Chloro-benzylid-malonsäure-dinitril) sowie BB (Benzylbromid). Alle drei Wirkstoffe sind anerkannte Polizeikampfstoffe. CN und BB werden den schweizerischen Polizeikorps durch das Armee-Laboratorium in Wimmis in getesteten Formulierungen abgegeben. Es handelt sich um die offiziellen Tränengase (Übungskampfstoffe) der Schweizer Armee. CS ist das offizielle britische Polizeikampfmittel, das auch in Frankreich eingesetzt und von den kantonalen Korps dort bezogen wird (42). Mit dem Einsatz von Reizstoffen will man es dem davon Betroffenen unmöglich machen, sich im Umfeld des Gasgemisches aufzuhalten.

Wesentliche Faktoren für die Berechnung der Unerträglichkeitsgrenze sind die Gaskonzentration und die Dauer, während welcher der Betroffene dem Stoff ausgesetzt ist. Sie ergeben zusammen das Konzentrations-Zeit-Produkt, von welchem für jeden Reizstoff die Unerträglichkeits- und die Tödlichkeitsgrenze bekannt sind (43). Die letztere liegt je nach Gemisch zwischen einem Zehntelogramm und zwei Gramm pro Kubikmeter Luft, wenn der Betroffene dem Stoff mindestens zehn Minuten ausgesetzt ist. Während eine derartig hohe Konzentration im Freien selbst bei ungünstigen topographischen Gegebenheiten und entsprechenden Witterungsverhältnissen auch nicht annähernd erreicht werden kann (44), ist sie beim Einsatz von Reizstoffen in geschlossenen Räumen durchaus möglich, wenn man etwa bedenkt, dass beispielsweise ein Tränengaswurfkörper 15 Gramm CN Reizstoff enthält und dass bei diesem Gemisch bereits eine Konzentration von weniger als einem halben Gramm pro Kubikmeter

42) Brandenberger, Tränengasgutachten des Gerichtsmedizinischen Institutes der Universität Zürich vom 21. Oktober 1977, 18. Schrempf, Chemical Mace, 146 ff. Vgl. auch Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 14 f. Steiner, Tränengas, 152 f. Erben/Szirba, 44 f.

43) Schrempf, Chemical Mace, 146.

44) Berg/Döring/Zorec-Karlovesk, 18. Zur Wirkung vgl. auch Bertschi, Tränengas, 109 f. Otto, Polizeigas, 114 f. Petry/Schrempf, 8 ff. Steiner, Tränengas, 153.

Luft tödliche Wirkung haben kann, sofern ihr der Betroffene während mindestens zehn Minuten ausgesetzt ist (45).

Schon bei geringen Konzentrationen können Augen- und Hautverletzungen entstehen (46). Nicht erwiesen ist, ob Tränengase cancerogene Wirkung haben (47).

Es trifft daher nicht zu, dass der Einsatz des Chemical Mace, mit welchem im wesentlichen CN versprüht wird, keine bleibenden Gesundheitsschädigungen bewirkt, wie Hug behauptet (48) (49). Andererseits kann der Einsatz anderer Sprühgeräte zwar weniger gesundheitsschädlich sein, jedoch ist entsprechend ihre Wirkung auf den Polizeipflichtigen äusserst gering, was Stammel in seinem Plädoyer für das "Chemical Police Escort" offensichtlich verkennt (50).

Sodann muss der Betroffene dem Reizstoff mindestens eine Minute lang ausgesetzt sein, bis sich eine kampfunfähigmachende Wirkung einstellt. Wenn der mit Tränengas Besprühte in verschiedenen Fällen sofort aufgibt, so ist dies nicht eine Folge der chemischen, sondern der psychologischen Wirkung des Reizstoffeinsatzes. Es ist daher völlig falsch, wenn Hug behauptet, "das Wirkungsfeld derartiger 'Tränengaspistolen' als Ersatz tödlicher Faustfeuerwaffen ... sei insbesondere dort gegeben, wo gefährliche Angriffe, die mit

45) Vgl. Schrempf, Chemical Mace, 150.

46) Berg/Döring/Zorec-Karlovsek, 18 f. Schrempf, Chemical Mace, 146 ff. Stammel, Zivile Universalverteidigungswaffe, 1298 ff. Wolf, Reizstoffwaffen als Mittel zur Selbstverteidigung, 1284 f. Spiegel vom 25. Juni 1979, 58 f.

47) Schrempf, Chemical Mace, 149 f.

48) Hug, Schusswaffengebrauch, 207, 109 f.

49) Im übrigen wird mit dem "Chemical Mace" und anderen Sprühgeräten nicht, wie Hug, a.a.O., 207, behauptet, ins Gesicht, sondern - wegen der Augenverletzungen - auf die Brust gezielt. Vgl. dazu statt vieler Dienstvorschriften die "Richtlinien über Kennzeichnung und Handhabung von Tränengassprays" der Schweizerischen Polizeitechnischen Kommission vom 28. November 1978 und entsprechend die kantonalen Dienstvorschriften, beispielsweise Punkt 2 des Mitteilungsblattes 1/1974 der Kantonspolizei Schaffhausen betreffend den Gebrauch von Tränengasspraydosen oder Punkt 2 der "Dienstanweisung 6208 A" der Stadtpolizei Zürich betreffend Verwendung von Tränengassprays. Für Deutschland vgl. etwa Punkt 5 der "Bedienungsanleitung für das Reizstoffsprühgerät Chemical-Mace MK V", herausgegeben vom hessischen Minister des Innern in Wiesbaden, Januar 1975.

50) Stammel, Zivile Universalverteidigungswaffe, 1299 ff.

Stich-, Hieb- oder Wurf Waffen (jedoch nicht mit Schusswaffen) ausgeführt werden, abzuwehren sind" (51).

Da der Reizstoff aus den spraydosenähnlichen Spezialgeräten maximal auf zehn Meter versprüht werden kann, hat nämlich der Angreifende ausreichend Zeit, sein Vorhaben mit der Hieb- oder Stichwaffe auszuführen, bevor das Gas seine Wirkung entfaltet. Im übrigen ist durch Gutachten bestätigt, dass der Einsatz von Reizstoffen in einer ersten Phase ohne weiteres aggressionssteigernde Wirkung haben kann (52). Der Einsatz von Tränengas kann daher entgegen Hug bei der Abwehr gefährlicher Angriffe auf gar keinen Fall Ersatz für den Einsatz der Schusswaffe sein.

An diesem Beispiel zeigt sich mit aller Deutlichkeit, wie verhängnisvoll es sein kann, den wissenschaftlich nicht bestätigten Eigenschaften polizeilicher Zwangsmittel, wie sie von den Herstellern bekanntgegeben werden, ohne Prüfung Glauben zu schenken und damit möglicherweise zu verschulden, dass einem Polizeibeamten, der bei der Abwehr von Hieb- oder Stichwaffen die Schusswaffe einsetzt, gestützt auf die erwähnten Ausführungen wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu Unrecht Vorwürfe gemacht werden.

Beispiel: Fall 2 im Gutachten Berg/Döring/Zorec-Karlovesek, 22.

"Fünf Jugendliche störten in einer Gaststätte den Tanzabend einer geschlossenen Gesellschaft. Auf die Aufforderung des Wirtes, den Saal zu verlassen, reagierten sie nicht, so dass der Wirt die Polizei anforderte. Die kurz danach eintreffenden Beamten wurden von den Jugendlichen angegriffen und so bedrängt, dass einer der Beamten die chemische Keule einsetzte. Bei den Jugendlichen trat praktisch keine körperliche Tränengaswirkung ein, obwohl mindestens einem von ihnen offenbar aus kurzer Entfernung direkt in das Gesicht gesprüht wurde, während die übrigen Anwesenden z.T. starke Reaktionen zeigten und zu den Fenstern liefen, um sich frische Luft zu verschaffen. Die Jugendlichen reagierten auf den Einsatz der chemischen Keule sofort mit deutlich gesteigerter Aggressivität. Sie konnten erst nach Eintreffen zweier weiterer Streifenwagenbesatzungen von den Polizeibeamten, die noch von einigen Gästen unterstützt wurden, unter Einsatz von Gummiknüppeln überwältigt und in einen VW-Bus gebracht werden. Weil sie dort anfangen zu toben, wurde mit der

51) Hug, Schusswaffengebrauch, 212.

52) Vgl. dazu auch das Beispiel auf Seite 172 f.

chemischen Keule in den Wagen gesprüht. Die Jugendlichen warfen mit Warnleuchten durch die Fenster auf die Polizeibeamten, nach eigener Aussage, nachdem vorher mit CN gesprüht worden war, um Luft zu bekommen. Nach Aussagen der Polizei wurde erst geworfen und dann gesprüht. Auf jeden Fall zeigten die Jugendlichen nach den Sprühstößen einen starken Drang, das Fahrzeug zu verlassen, wobei es wieder zu Handgreiflichkeiten kam. Vier der Jugendlichen standen unter deutlicher Alkoholeinwirkung."

Dieser Fall zeigt deutlich, dass der Einsatz von CN, insbesondere bei unter Alkoholeinfluss stehenden Personen, zu gesteigerter Aggressivität führen kann. Bei normaler CN-Wirkung, d.h. Tränenreiz und Lidschluss ohne weitere ernstliche körperliche Beeinträchtigung, jedoch mit Verlust der Situationsübersicht und Verwirrung, hängt es somit stark von der Persönlichkeit sowie der augenblicklichen psychischen Verfassung des Betroffenen ab, ob es zum Ausbruch von Aggressionshandlungen kommt oder nicht.

Richtigerweise ist der Einsatz von Tränengas immer dann in Betracht zu ziehen, wenn der Polizeibeamte nicht darauf angewiesen ist, dass der Pflichtige seiner Anordnung sofort nachkommt. Neben dem ungefährlichen Einsatz im Freien zur Auflösung von unbewilligten Demonstrationen kann etwa ein unbewaffneter, sich gegen die Verhaftung sträubender Delinquent durch den Reizstoff gefügig gemacht werden. Beim relativ gefährlichen Einsatz von Polizeikampfstoffen in geschlossenen Räumen kommt vor allem der Fall in Betracht, dass sich jemand in einer Gebäulichkeit eingeschlossen hat und sich weigert, der polizeilichen Aufforderung zum Verlassen des Gebäudes nachzukommen. Hier sollten jedoch wenn immer möglich optimale Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass der Zwangsunterworfenen innert nützlicher Frist aus seiner unangenehmen Lage befreit werden kann, was selbstverständlich immer dann in Frage gestellt ist, wenn er gegen die zu seiner Befreiung schreitenden Beamten von der Schusswaffe Gebrauch macht.

3.2. Andere Einsatzmittel

Unter dem Stichwort "nichttödliche Abwehrwaffen" werden in verschiedenen Abhandlungen diverse Geräte aufgezählt, die - meist amerikanischen Ursprungs - als Ersatz für den Gebrauch der Schusswaffe angepriesen werden (53). Zu diesen Waffen gehören nach Ansicht der erwähnten Autoren alle diejenigen, die unter dem Sammelbegriff "Aufprallbetäubungswaffen" zusammengefasst werden, so insbesondere Holz-, Plastik- oder Gummigeschosse sowie mit harten Materialien gefüllte "Kissen". Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, haben diese Waffen keinesfalls mannstoppende Wirkung, wie das behauptet wird, sondern nur Prellungen und möglicherweise Blutergüsse zur Folge und können somit einen Getroffenen niemals aktionsunfähig machen (54). Eine derartige Wirkung liesse sich wohl nur beim gleichzeitigen Aufprallen einer grossen Zahl solcher Geschosse auf dem Körper des Zwangsunterworfenen durch Hervorrufung eines Schockes realisieren, der jedoch seinerseits, wie bei der Umschreibung der verschiedenen Munitionsarten aufgeführt (55), tödliche Folgen haben kann.

Die erwähnte "nichttödliche" Munition kann nur gegen solche Personen eingesetzt werden, welche sich durch eine Prellung von ihrem Vorhaben abbringen lassen, verspricht jedoch gegen entschlossene Rechtsbrecher keinerlei Erfolg. Sie kann daher unmöglich Ersatz für die konventionellen Schusswaffen und die entsprechenden Geschosse bilden, sondern ist nur gegen solche Personen einzusetzen, denen gegenüber ohnehin nicht von herkömmlichen Schusswaffen Gebrauch gemacht werden darf. Neben diesen speziellen Geschossen werden als nichttödliche Polizeiwaffen Narkosegewehre, Elektroschockstäbe und -drähte sowie das "Supergewehr", welches auf Flüchtende ein engmaschiges, unzerschneidbares Netz abschiessen soll, genannt. Alle diese Waffen sind entweder nicht bis zur Beschaffungsreife entwickelt worden oder haben sich nicht bewährt und sind daher bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit polizeilichen Verhaltens nicht als alternative und im Verhältnis zum Schusswaf-

53) Vgl. dazu insbesondere Stammel, Polizeiwaffen, 348 ff. Hug, Schusswaffengebrauch, 213 ff. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 13 ff.

54) Vgl. oben, 198.

55) Vgl. oben, 194 f.

feneinsatz weniger gefährliche Einsatzmittel zu berücksichtigen.

Im Interesse klarer Verhältnisse bei der Beurteilung des Handelns von Vollzugsbeamten ist zu hoffen, dass derartige "Wunderwaffen" inskünftig in wissenschaftlichen Arbeiten (56) solange keine Erwähnung mehr finden, bis ihre Funktionsfähigkeit und die angepriesenen Eigenschaften von neutraler und sachverständiger Seite bestätigt worden sind.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es bei der Bestimmung der am wenigsten gefährlichen polizeilichen Verhaltensweise zur Durchsetzung staatlicher Entscheide immer dann keine Alternative zum Einsatz der Schusswaffe gibt, wenn der Pflichtige infolge der von ihm ausgehenden Gefahr möglichst augenblicklich angriffsunfähig gemacht werden soll; Reizstoffe entfalten ihre Wirkung erst nach geraumer Zeit und in hinreichender Konzentration regelmässig nur in Räumen, während die sogenannten nichttödlichen Holz-, Plastik- oder Gummigeschosse nur Prellungen verursachen und daher mehr als psychischer denn als unwiderstehlicher physischer Zwang wirken (57).

II Die Gewichtung des Interesses am Verzicht auf den Schusswaffengebrauch

Während die Bestimmung der Gefährlichkeit eines Verhaltens Abklärungen tatsächlicher Natur voraussetzt und ein Wahrscheinlichkeitsurteil zum Ergebnis hat, ist die Frage, ob die in jenem Urteil ausgedrückte Gefährdungswahrscheinlichkeit erheblich ist, rechtlicher Art.

Sobald von der Rechtsordnung geschützte Interessen durch ein bestimmtes Verhalten mit rechtlich erheblicher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden, entsteht ein Interesse des davon Betroffenen am Unterlassen jener Tätigkeit

56) Hug, Schusswaffengebrauch, 218 f. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 15 f.

57) Zu anderen sehr effektiven Hilfsmitteln für polizeiliche Einsätze vgl. etwa Paust, Polizeiwasserwerfer, 271 ff. Keller, Der Polizeihund, 33 ff. Hübner, Erfahrungen mit Dienstpferden, 330. Otto, Polizeigas, 114 f.

bzw. an einem gefahrlosen Alternativverhalten. Das Gewicht dieses Interesses entspricht jenem der gesamthaft gefährdeten Rechtsgüter, d.h. im vorliegenden Fall im wesentlichen jenem der durch die Abgabe gezielter Schüsse gefährdeten Strafrechtsgüter.

Neben dem Zwangsunterworfenen haben selbstverständlich auch alle Unbeteiligten ein rechtlich relevantes Interesse am Unterbleiben des Schusswaffeneinsatzes, sofern sie dadurch in irgendeiner Weise gefährdet würden (58).

B) DIE GEWICHTUNG DER STAATLICHEN INTERESSEN AM EINSATZ VON SCHUSSWAFFEN

I Strafbares Verhalten des Polizeipflichtigen

1. GRUNDLAGEN UND PROBLEMSTELLUNG

Grundsätzlich ist der Gebrauch der Schusswaffe zur Durchsetzung von strafprozessualen Massnahmen, insbesondere der Verhaftung und Festnahme gegenüber Personen, denen ein strafbares Verhalten vorgeworfen wird, nur dann zulässig, wenn jenes als schwerer Verstoss gegen die Rechtsordnung zu erachten ist. In diesem Sinne wird der Schusswaffeneinsatz gemäss Art. 2 Ziff. 3 lit. a MuDA 76 als zulässig und geboten erklärt, "wenn Personen, welche ein schweres Verbrechen oder ein schweres Vergehen begangen haben oder eines solchen dringend verdächtigt sind, sich der Festnahme oder einer bereits vollzogenen Verhaftung durch Flucht zu entziehen versuchen"; etwas weniger weitgehend heisst es in § 42 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a DMuE, Schusswaffen seien einzusetzen, "um eine Person anzuhalten, die eines Verbrechens dringend verdächtig ist".

Bei Verdacht auf ein Vergehen darf nach § 42 Abs. 1 Ziff. 3 lit. b DMuE nur dann geschossen werden, wenn der potentielle Täter "Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich führt", d.h. wenn er zusätzlich als aktuell gefährlich einzustufen ist (59). Aus der Formulierung der Voraussetzungen für die Ab-

58) Vgl. oben, 198 ff.

59) Vgl. unten, 236 ff.

gabe gezielter Schüsse bei der Verhaftung oder Festnahme potentieller Rechtsbrecher wird ersichtlich, dass in zweifacher Hinsicht Probleme auftreten können: Einerseits kann es für den Polizeibeamten - vor allem wenn er unter Zeitdruck steht - schwierig sein festzustellen, ob die Voraussetzungen eines schweren Verbrechens oder Vergehens in tatsächlicher Hinsicht vorliegen, während andererseits unklar ist, welche strafbaren Handlungen als schwer im Sinne von Art. 2 Ziff. 3 lit. a einzustufen sind.

Was das Problem der Tatsachenfeststellung betrifft, ist auf die vorstehend gemachten Ausführungen zu verweisen, wonach der Polizeibeamte immer dann rechtmässig handelt, wenn er diesbezüglich keine Sorgfaltspflichten verletzt (60), während im folgenden der Frage nachzugehen ist, wann ein Verbrechen oder Vergehen als so schwer zu werten ist, dass die Abgabe gezielter Schüsse auf den Täter zur Durchsetzung der Festnahme oder Verhaftung gerechtfertigt werden kann.

2. DER IM STRAFBAREN VERHALTEN ENTHALTENE UNWERT UND DAS STAATLICHE INTERESSE AN DER FESTNAHME ODER VERHAFTUNG VON STRAFTAETERN

2.1. Festnahme und Verhaftung im Rahmen des strafprozessualen Verfahrens

2.1.1. Problematik der geltenden Regelung

Am Anfang der folgenden Ausführungen muss die Feststellung stehen, dass das staatliche Interesse an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten nur sehr schwer fassbar ist (61); das ihm zukommende Gewicht wird regelmässig nach dem Unrechtsgehalt der konkreten, in Frage stehenden Tat bemessen. Da vom Polizeibeamten nicht verlangt werden kann, er müsse seinen Entscheid über den Einsatz der Schusswaffe von der Höhe der voraussichtlich vom Richter auszufällenden Strafe abhängig machen, verpflichtet man ihn, den sorg-

60) Vgl. oben, 157 ff.

61) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 84. Hug, Schusswaffengebrauch, 171. Bremer, Waffengebrauch, 64. Im Strafrecht kommt jenes Interesse in der Sanktion derjenigen Tatbestände zum Ausdruck, die dem Schutze der Vollstreckung des Strafrechtes dienen, so in Art. 305 StGB (Begünstigung) oder Art. 319 StGB (Entweichenlassen von Gefangenen).

faltsgemäss ermittelten Sachverhalt daraufhin zu überprüfen, ob er den Tatbestand eines schweren Verbrechens oder schweren Vergehens erfüllt. Der Vollzugsbeamte hat demgemäss auf dem Wege der Subsumtion den gesetzten Straftatbestand zu bestimmen und sodann gestützt auf Art. 9 StGB aufgrund der Strafdrohung abzuklären, ob es sich beim Verhalten des Täters um ein Verbrechen oder Vergehen handelt und wie schwer jene zu gewichten sind.

Während die Subsumtion möglichen strafbaren Verhaltens unter die entsprechenden Tatbestände, im Gegensatz zur relativ einfachen Einteilung in Verbrechen und Vergehen, bereits ein ausgeprägtes juristisches Wissen verlangt, ist die Aussage darüber, wann eine strafbare Handlung als schwer zu gewichten ist, ausserordentlich schwierig. Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass die Einteilung in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen materiell nur auf der höchstzulässigen Dauer der Freiheitsstrafe beruht, welche nach heutiger Gerichtspraxis weitgehend bedeutungslos geworden ist, während Zuchthaus- und Gefängnisstrafe im Vollzug nicht voneinander abweichen und die meisten Verbrechen ausserdem mit Gefängnis geahndet werden können (62). Aufgrund dieser Erwägungen kommt Rehberg zum Schluss, die Einteilung der Straftatbestände in "schwere" und "leichte" müsse von der zulässigen Minimalstrafe ausgehen. Danach wären solche Tatbestände als schwere Verbrechen bzw. Vergehen zu bezeichnen, "auf denen eine höhere Minimalstrafe steht als die Minstdauer für Gefängnis... Bei der Zwischenkategorie der Straftaten, auf welche minimal drei Tage Gefängnis stehen, müsste auf die konkreten Umstände abgestellt werden" (63), wobei jene insbesondere dann als schwer zu betrachten wären, wenn sie mit weiteren Delikten zusammentreffen, ein dringender Verdacht auf vorausgegangene gleichartige Taten besteht oder wenn ein grosser Schaden beabsichtigt oder angerichtet wurde (64).

Hartmann möchte die Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs auf schwere Verbrechen eingeschränkt wissen (65).

62) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 84. Hug, Schusswaffengebrauch, 172. Vgl. auch Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 29.

63) Rehberg, a.a.O., 85. Gleicher Ansicht Hug, Schusswaffengebrauch, 172 f.

64) Rehberg, a.a.O.

65) Hartmann, Waffengebrauch, 228. Derselbe, Waffengebrauch der Polizei, 338.

Eine andere Möglichkeit zur Umschreibung der Voraussetzungen des Schusswaffengegebrauchs in diesem Zusammenhang schlägt Buchert vor, indem er darauf abstellen will, ob enumerativ bestimmte, besonders bedeutsame Rechtsgüter verletzt worden sind (66).

2.1.2. Versuch einer differenzierten Lösung

Allen Regelungen gemeinsam und sicher richtig ist, dass bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit des Schusswaffeneinsatzes nicht nur die konkrete polizeiliche Massnahme, sondern auch deren Rechtsgrund als wesentliche, das Resultat der Abwägung beeinflussende Elemente zu berücksichtigen sind. Entsprechend der Fragestellung zu Beginn dieses Abschnittes soll im folgenden in genereller Weise aufgezeigt werden, wie gross das staatliche Interesse an der Festnahme oder Verhaftung eines bestimmten Täters sein muss, damit deren Durchsetzung mittels Schusswaffengegebrauchs gerechtfertigt werden kann, d.h., es ist der für die Interessenabwägung zur Bestimmung von Sorgfaltspflichten einzusetzende Handlungswert der betreffenden polizeilichen Vollstreckungstätigkeit zu bestimmen.

Aus der Regelung des Schusswaffengebrauchs geht hervor, dass ein das Interesse des Polizeipflichtigen am Verzicht auf den Einsatz der Schusswaffe übersteigender Handlungswert durch eine gezielte Schussabgabe dann anzunehmen ist, wenn die durch jenen begangene strafbare Handlung mindestens ebensoviel Unrecht verwirklicht wie die durch den Schusswaffengebrauch zu erwartende Beeinträchtigung der Rechtsgüter des Täters (67).

Wenn man von der Angemessenheit dieser Gewichtung des staatlichen Interesses an der Durchsetzung strafprozessualer Hoheitsakte ausgeht - was durchaus vertretbar ist -, ergibt sich, dass jenes Interesse nicht eine feststehende Grösse, sondern einen variablen Wert darstellt, der von der Tragweite des zu vollstreckenden Aktes, d.h. folglich von der Schwere der begangenen Straftat(en) abhängt; demnach steigt das staatliche Interesse an der Vollstreckung strafprozessualer Massnahmen mit zunehmender Schwere des abzuklä-

66) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 156 ff. Aehnlich Hartmann, Waffengebrauch der Polizei, 337.

67) Aehnlich Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 141.

renden Delikts. Wie vorstehend ausgeführt wurde, geht man bei der Regelung des Schusswaffengebrauches offensichtlich davon aus, die gezielte Abgabe eines Schusses auf den Täter zur Durchsetzung einer strafprozessualen Massnahme bewirke Verletzungen der Beine oder Arme. Da derartige Schädigungen der Gesundheit nicht als schwer im Sinne von Art. 122 StGB erachtet werden können, kommt als zu rechtfertigender Tatbestand nur derjenige der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB in Frage; dabei können im vorliegenden Zusammenhang die in den Ziff. 2 und 3 jenes Artikels geregelten Tatbestände ausser acht bleiben, da sie eine Sorgfaltspflichtverletzung des schiessenden Polizeibeamten voraussetzen.

Daraus kann geschlossen werden, dass man bei der Normierung des Schusswaffengebrauches grundsätzlich davon ausgeht, ein Schuss in Arme oder Beine des zu verhaftenden Täters bewirke formell so schweres Unrecht, wie es in der Sanktion von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, der die Körperverletzung mittels Waffengebrauchs regelt, zum Ausdruck kommt. Da jene eine Mindeststrafe von drei Tagen Gefängnis vorsieht, ist einsichtig, wenn Rehberg die Kriterien "schweres Verbrechen" und "schweres Vergehen" als Voraussetzungen des Schusswaffeneinsatzes zur Verhaftung oder Festnahme von Straftätern so auslegt, dass darunter jene Tatbestände fallen, auf denen eine höhere minimale Freiheitsstrafe steht als die Mindestdauer für Gefängnis. Diese Auslegung ist solange richtig, als man annimmt, ein Polizeibeamter sei in der Lage, einen zu Verhaftenden in Arme oder Beine zu treffen. Gerade diese Annahme erweist sich jedoch in vielen Fällen, wie vorstehend ausgeführt wurde (68), als unrichtig. Es ist m.E. davon auszugehen, dass sogar ein guter Schütze oftmals nicht im Stande ist, einen flüchtenden Straftäter mit rechtsgenügender Wahrscheinlichkeit in die Extremitäten zu treffen. Erfahrungsgemäss ist ein derart präziser Schuss nur auf ganz kurze Distanz und ohne vorausgehende erhebliche körperliche Belastung des Schützen mit so hoher Wahrscheinlichkeit möglich, dass die Voraussehbarkeit eines Fehlschusses und die Adäquanz schwererer als der beabsichtigten Verletzungen des Täters im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 und 3 StGB als ausgeschlossen gelten könnten. Sobald die mit jedem Schusswaffengebrauch verbundene Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Täters ein über das rechtlich Tolerierbare hinaus-

68) Vgl. oben, 201 ff.

gehendes Ausmass annimmt, indem eine deutlich schwerere als die beabsichtigte Beeinträchtigung der Gesundheit voraussehbar und adäquat erscheint oder gar das Rechtsgut Leben in rechtserheblichem Umfang gefährdet ist, muss das staatliche Interesse als Voraussetzung der Rechtfertigung der Schussabgabe als so gross zu gewichten sein, dass es eine Verletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 und 3 StGB zu rechtfertigen vermag. Dies ist nach dem vorstehend erwähnten Zusammenhang zwischen Handlungswert der polizeilichen Vollstreckungstätigkeit und Unwert der vom Täter begangenen strafbaren Handlung(en) dann der Fall, wenn die durch die Schussabgabe als adäquat voraussehbare Verletzung formell nicht schwereres Unrecht bewirkt als das durch das täterschaftliche Verhalten materiell gesetzte.

Somit ist für den Fall, dass der Täter adäquat voraussehbar eine schwere Körperverletzung oder den Tod des zu verhaftenden Täters im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 und 3 StGB verursacht, zur Rechtfertigung des polizeilichen Verhaltens erforderlich, dass der Täter mindestens ein Delikt begangen hat bzw. eines solchen verdächtigt werden kann, auf welchem eine Mindeststrafe in der in den zitierten Ziffern festgelegten Höhe steht.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Kriterium "schweres Verbrechen" oder "schweres Vergehen" nur unter Berücksichtigung der Gefährlichkeit des polizeilichen Verhaltens ausgelegt werden kann, indem bei grösserer als der durch einen Bein- oder Armtreffer hervorgerufenen Gefährdung der körperlichen Integrität des Täters entsprechend die von diesem begangene(n) Straftat(en) verhältnismässig mehr Unrecht bewirkt haben müssen, damit das Verhalten des Schützen gerechtfertigt werden kann. In dem Masse, in dem - mit zunehmender Schwere des Unrechtsgehalts von begangenen Delikten - im Falle der Unterlassung der zwangsweisen Vollstreckung strafprozessualer Massnahmen gegenüber dem Täter die der Durchsetzung des Rechts immanenten Rechtsgüter gefährdet werden, kann auch eine grössere Gefährdung der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter des Delinquenten in Kauf genommen werden (69).

Mit anderen Worten sind für die Beantwortung der Frage, ob der Polizeibeamte durch die Schussabgabe Sorgfaltspflichten verletzt hat bzw. ob sein Verhalten gerechtfertigt werden kann, das Interesse des Staates an der Durchset-

69) Vgl. oben, 119 ff.

zung der strafprozessualen Massnahme, welches in der Strafdrohung der vom Zwangsunterworfenen begangenen Delikte seinen Ausdruck findet, und das Interesse des Täters an der Unversehrtheit seiner strafrechtlich geschützten Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen, was nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, insbesondere der Gefährlichkeit des polizeilichen Verhaltens erfolgen kann.

Daraus folgt, dass hinsichtlich der Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs bezüglich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit keine generellen Aussagen möglich sind, indem die diesbezüglich relevanten Sorgfaltspflichten nur im konkreten Fall bestimmt werden können (70).

Ist diese Lösung unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zutreffend, so fragt sich, welche Auswirkungen sie auf die Regelung des Schusswaffengebrauchs in den Gesetzen über die Anwendung unmittelbaren Zwanges auszuüben vermag.

Zweifellos ist eine Vorschrift, welche dem Polizeibeamten als Richtlinie seines Verhaltens vorschreibt, neben der Bestimmung der Gefährlichkeit seines Verhaltens und der Subsumtion festgestellter Lebensvorgänge komplizierte Güterabwägungen vorzunehmen, für den polizeilichen Alltag ungeeignet, wenn gleich auch die bestehende Regelung durch den unabdingbaren Hinweis auf die Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs in gewissem Umfang derartige Ueberlegungen nötig macht. Im Interesse der Praktikabilität der Schusswaffengebrauchsvorschriften ist anzustreben, möglichst generelle Normen aufzustellen, welche den vom Strafrecht vorgegebenen Kriterien genügen. Dies ist logischerweise nur so möglich, dass die Voraussetzungen für bestimmte Fallgruppen des Schusswaffeneinsatzes in dem Sinne bestimmt werden, dass für alle jener Gruppe entsprechenden Situationen einheitliche Kriterien festgelegt werden.

In der Praxis ist es m.E. zweckmässig, von zwei "Gefährdungsstufen" für den Täter auszugehen, bezüglich welchen die Kriterien "schweres Verbrechen" und "schweres Vergehen" auszulegen sind. Danach ist der Schusswaffengebrauch gegen einen Täter, der eines Verbrechens oder Vergehens mit einer Mindeststrafe von mehr als drei Tagen Gefängnis verdächtigt wird, im Sinne der un-

70) Vgl. oben, 98 ff.

widersprochen gebliebenen Ansicht Rehbergs (71) dann zulässig und geboten, wenn beim Zwangsunterworfenen vom Standpunkt ex ante keine schwereren Verletzungen zu erwarten sind als solche, wie sie durch Treffer in Arme oder Beine entstehen. Sobald jedoch aufgrund einer sorgfaltsgemässen Analyse der Situation ex ante davon auszugehen ist, beim Täter seien als Folge der gezielten Schussabgabe schwerere Verletzungen als die soeben umschriebenen zu erwarten, kann der Einsatz der Schusswaffe nur dann zulässig und geboten sein, wenn der Täter eines Verbrechens oder Vergehens mit einer Mindeststrafe verdächtigt wird, welche im Minimum so hoch ist, wie die in Ziff. 2 und 3 des Art. 123 StGB vorgesehenen. Wenn mit rechtlich erheblicher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, der sorgfaltsgemäss gezielte Schuss könne einen Rumpftreffer zur Folge haben, kann infolge der den Schusswaffen eigenen Streuung niemals gesagt werden, ob nur eine schwere Verletzung der Gesundheit im Sinne von Ziffer 2 oder aber das Leben gemäss Ziffer 3 von Art. 123 StGB ernsthaft gefährdet ist; aus diesem Grunde scheint es richtig, in jedem Fall, in welchem eine Verletzung der in Ziffer 2 oder 3 des zitierten Artikels geregelten Tatbestände rechtsgenügend wahrscheinlich erscheint, zu verlangen, dass der Täter eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt wird, auf welchem mindestens ein Jahr Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe steht.

Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, sei hier zusammenfassend festgehalten, dass der Polizeibeamte in jedem Fall einer Schussabgabe, unter Aufbietung seines ganzen Könnens, auf die Beine bzw. ausnahmsweise auf die Arme des Täters zu zielen hat. Immer aber gefährdet er dabei das Leben des Zwangsunterworfenen. Ist diese Gefährdung als gering zu betrachten, weil infolge der sehr kleinen Schussdistanz, der verwendeten Munition oder anderer Umstände ex ante mit beinahe an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit einem Treffer in die Extremitäten zu rechnen ist, so ist das Verhalten des Polizeibeamten unabhängig von der tatsächlich verursachten Schussverletzung zu rechtfertigen, wenn der Getroffene eines Verbrechens oder Vergehens verdächtig ist, auf welchem wenigstens eine Mindeststrafe von drei Tagen Gefängnis steht. Ist jedoch infolge der grösseren Schussdistanz, der vorausgegangenen körperlichen Leistung, der Witterungsverhältnisse oder anderer

71) Vgl. oben, 217.

Umstände aufgrund der abzuschätzenden Streuung mit rechtsgenügender Wahrscheinlichkeit, trotz sorgfältigen Zielens auf die Beine, ein Rumpftreffer möglich, so kann die Schussabgabe nur gerechtfertigt werden, wenn der Täter eines Verbrechens oder Vergehens verdächtig ist, auf welchem im Minimum ein Jahr Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe steht.

Während im ersten Fall das Risiko eines lebensgefährlichen Treffers als relativ gering einzustufen ist, erscheint es im zweiten Fall etwas grösser, jedoch ist immer Voraussetzung der Rechtfertigung, dass die Wahrscheinlichkeit eines Bein- oder Armtreffers als genügend wahrscheinlich betrachtet werden kann; unter gar keinen Umständen darf der Beamte das Risiko weitergehender als der beabsichtigten Verletzungen mit so hoher Wahrscheinlichkeit eingehen, dass er jene im Sinne des Eventualdolus in Kauf nehmen würde.

Dass die hier vorgeschlagene Lösung durchaus vertretbar ist, nach welcher der Schusswaffengebrauch nicht schon generell bei Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens mit einer Mindeststrafe von drei Tagen Gefängnis, sondern im Falle einer ernsthaften Gefährdung des Lebens des Pflichtigen erst bei solchen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus oder Gefängnis zulässig ist, ergibt sich neben der Tatsache, dass auch in § 42 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a DMuE von einer Mindeststrafe von einem Jahr ausgegangen wird (72), aus der folgenden Aufzählung der Delikte des Strafgesetzbuches. Danach wäre eine gezielte Schussabgabe trotz voraussehbarer und rechtlich erheblicher Wahrscheinlichkeit schwerster Verletzungen der körperlichen Integrität zulässig und geboten, wenn der Polizeipflichtige vorsätzlich das Rechtsgut "Leben" vernichtet oder dieses in hohem Masse gefährdet hat,

(Folgende Delikte erfassen dieses Verhalten: Vorsätzliche Tötung, Art. 111; Mord, Art. 112; Totschlag, Art. 113; ferner die qualifizierten Tatbestände: Abtreibung durch Drittpersonen, Art.

-
- 72) Voraussetzung des Schusswaffengebrauchs ist nach der zitierten Bestimmung zur Durchsetzung ausschliesslich strafprozessualer Massnahmen der dringende Verdacht auf Begehung eines Verbrechens; auf Verbrechen steht sowohl nach deutschem (§ 12 Abs. 1 StGB) als auch nach schweizerischem Strafrecht (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 35 StGB) eine Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus. Auch in Oesterreich gilt gemäss § 7 Ziff. 3 WGG diesbezüglich eine minimale Freiheitsstrafe von einem Jahr als Voraussetzung des Schusswaffeneinsatzes.

119 Ziff. 2 und 3; schwere Körperverletzung, Art. 122 Ziff. 2; einfache Körperverletzung, Art. 123 Ziff. 3; Aussetzung, Art. 127 Ziff. 2; Gefährdung des Lebens, Art. 129 Abs. 3; Zweikampf, Art. 131 Ziff. 1 Abs. 2 (einziges Vergehen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Gefängnis); Misshandlung und Vernachlässigung eines Kindes, Art. 134 Ziff. 1 Abs. 3; Ueberanstrengung von Kindern und Untergebenen, Art. 135 Ziff. 1 Abs. 3; Raub, Art. 139 Ziff. 2 Abs. 1, 3 und 4; die Tatbestände von Art. 187 bis 194 gemäss Art. 195 Abs. 1 und 2; Verbreiten menschlicher Krankheiten, Art. 231 Ziff. 1 Abs. 2; Störung des öffentlichen Verkehrs, Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2; schliesslich gehören diejenigen Tatbestände hierher, in denen zur wissentlichen Gefährdung des Lebens noch ein grosser Schaden dazukommt: Brandstiftung, Art. 221 Abs. 1 und 2; Verursachung einer Explosion, Art. 223 Ziff. 1 Abs. 1; Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht, Art. 224 Ziff. 1; Verursachung einer Ueberschwemmung oder eines Einsturzes, Art. 227 Ziff. 1 Abs. 1; Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen, Art. 228 Ziff. 1 Abs. 1)

vorsätzlich und aus übler Gesinnung in qualifizierter Weise gegen die Freiheit, die geschlechtliche Ehre und Sittlichkeit verstossen hat,

(Dazu gehören: Notzucht, Art. 187; Schändung, Art. 189 Abs. 1; Gewerbsmässige Kuppelei, Art. 199 Abs. 2; Frauen- und Kinderhandel, Art. 202 Ziff. 1 und 2; ferner die qualifizierten Tatbestände: Freiheitsberaubung, Art. 182 Ziff. 2; Entführung, Art. 183 Abs. 3; Entführung einer Willenlosen oder Wehrlosen, Art. 184 Abs. 2; Entführung eines Kindes, Art. 185 Abs. 2; Unzucht mit Kindern, Art. 191 Ziff. 1 Abs. 2; Blutschande, Art. 213 Abs. 2)

vorsätzlich und eventuell aus gemeiner Gesinnung einen sehr grossen Schaden herbeigeführt oder sonstwie in qualifizierter Weise gegen das Rechtsgut "Vermögen" verstossen hat

(Geldfälschung, Art. 240 Abs. 1; ferner die qualifizierten Tatbestände: Raub, Art. 139 Ziff. 2 Abs. 2; Hehlerei, Art. 144 Abs. 3; Sachbeschädigung, Art. 145 Abs. 2; Betrug, Art. 148 Abs. 2; Erpressung, Art. 156 Ziff. 2; Wucher, Art. 157 Ziff. 2; Verbreitung von Tierseuchen, Art. 232 Ziff. 1 Abs. 2; Verbreiten von Schädlingen, Art. 233 Ziff. 1 Abs. 2; Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes, Art. 244 Abs. 2)

oder in schwerer Weise die Interessen des Staates verletzt hat

(Hochverrat, Art. 265; Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft, Art. 266; Diplomatischer Landesverrat, Art. 267 Ziff. 1; ferner die qualifizierten Tatbestände: Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen, Art. 266bis Abs. 2; Verbotene Handlungen für einen fremden Staat, Art. 271 Ziff. 2; qualifizierte Fälle des verbotenen Nachrichtendienstes, Art. 272 bis 274).

Wenn eine derartige Aufzählung unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität auf den ersten Blick auch sinnlos erscheinen mag, so zeigt sie doch auf, welches Mass an Unrecht der festzunehmende oder zu verhaftende Täter verwirklicht haben muss, damit von der Schusswaffe Gebrauch gemacht werden darf oder muss.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Polizeibeamte in erster Linie dann auf praktikable Normen angewiesen ist, wenn er unter Zeitdruck und ohne die Möglichkeit vorausgehender Rechtswidrigkeitsüberlegungen, wie sie beim zum voraus geplanten Einsatz möglich sind, handeln muss. Dies ist erfahrungsgemäss vor allem bei Straftaten gegen Leib und Leben sowie Freiheit und Vermögen der Fall. Hier zeigt die Aufzählung, dass einerseits alle Tatbestände unter die Kategorie der "schwersten" Verbrechen bzw. Vergehen fallen, die vorsätzliches und deutlich gesinnungsunwertes Verhalten zum Gegenstand haben, welches ohne Dazutun des Opfers mit hoher Wahrscheinlichkeit oder gar mit Sicherheit zu dessen Tod oder einer sehr schweren Schädigung der Gesundheit führt (73), während andererseits die bekannten qualifizierten Tatbestände des Raubes, der Hehlerei, der Sachbeschädigung, des Betruges, der Erpressung, des Wuchers, der Freiheitsberaubung und der Entführung dazugehören. Denkbar ist schliesslich die Möglichkeit ungeplanter Verhaftungen bei "schwersten" Verbrechen gegen die Sittlichkeit, d.h. bei Notzucht und Schändung sowie bei solchen gemeingefährlicher Art, wie bei den qualifizierten Tatbeständen der Brandstiftung, der Verursachung einer Explosion und der Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht. Bei den übrigen Verbrechenstatbeständen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus, so bei den Verbrechen gegen die öffentliche Gesundheit, bei der Fälschung von Geld sowie den Verbrechen gegen den Staat und die Landesverteidigung, kommt es in der Praxis kaum einmal vor, dass der Polizeibeamte unter Zeitdruck über den Gebrauch der Schusswaffe entscheiden

73) Nicht zu diesen Delikten gegen Leib und Leben gehören demnach etwa: Tötung auf Verlangen, Art. 114 StGB; Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord, Art. 115 StGB; Kindestötung, Art. 116 StGB; Fahrlässige Tötung, Art. 117 StGB; Abtreibung durch die Schwangere, Art. 118 Abs. 1 StGB; Abtreibung durch Drittpersonen mit Einwilligung der Schwangeren, Art. 119 Ziff. 1 StGB; Aussetzung ohne voraussehbare Todesfolge, Art. 127 Ziff. 1 StGB; Gefährdung des Lebens ohne voraussehbare Todesfolge, Art. 129 Abs. 1 und 2 StGB.

muss, da hier die polizeiliche Aktion regelmässig die Folge langwieriger Untersuchungen und Abklärungen ist, während welchen die Untersuchungs- und Vollstreckungsbehörden ausreichend Zeit haben, sich mit der rechtlichen Qualifikation der dem Täter anzulastenden Straftaten zu befassen; zudem dürften die Fälle, in denen sich die Festnahme oder Verhaftung derartiger Täter nur durch Waffengebrauch bewerkstelligen lässt, recht selten sein.

Falls eine bestimmte Person auf Anordnung des zuständigen Untersuchungsrichters in Untersuchungshaft zu nehmen oder aus dieser geflüchtet ist, hat der Beamte den Haftbefehl, wie vorstehend ausgeführt (74), nur daraufhin zu überprüfen, ob er offensichtlich und erkennbar rechtswidrig ist. M.E. wäre es in diesem Zusammenhang wünschbar, in all jenen Fällen, in den die Leitung des Verfahrens an den Untersuchungsrichter übergegangen ist, jenen zu verpflichten, nicht nur die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Verhaftung zu überprüfen, sondern gleich zusätzlich festzulegen, ob der Pflichtige nötigenfalls mittels Schusswaffengebrauchs festzunehmen ist; der Untersuchungsrichter als Leiter des Verfahrens ist mit seinen fundamentalen juristischen Kenntnissen sowie als Spezialist auf dem Gebiete des Strafprozess- und Strafrechts viel eher in der Lage, sowohl komplizierte juristische Wertabwägungen durchzuführen als auch die Verantwortung für deren Angemessenheit zu übernehmen, als der eher praktisch und für ein breiteres Tätigkeitsgebiet ausgebildete Polizeibeamte, welcher darüber hinaus gegenüber dem Untersuchungsrichter im Bereich der Strafverfolgung in einem Unterordnungsverhältnis steht.

Beispiel: Schusswaffengebrauch zur Festnahme von Wilderern nach
BGE 99 IV 253 ff.

Auf die Meldung eines Wildhüters, wonach R. und D. in seinem Gebiet wilderten, fuhr Polizist Sch. in die genannte Gegend und konnte dort die Verfolgung zweier motorisierter Wilderer aufnehmen. Es gelang ihm, die beiden anzuhalten und sich durch Vorzeigen der Dienstmarke auszuweisen. Plötzlich ergriffen R. und D. jedoch die Flucht und konnten Sch. während langer Zeit durch Zick-Zack-Fahren am Ueberholen hindern. Als der Polizeibeamte die Wilderer schliesslich anhalten konnte, setzte D. sein Fahrzeug wieder in Gang. Sch. musste hierauf einen Sprung zur Seite machen, um nicht angefahren zu werden. Im Anschluss daran gab er drei Schüsse aus seiner Dienstpistole auf das rechte Hinter-

74) Vgl. oben, 157 ff.

rad des Fluchtfahrzeuges ab. Ein Geschoss erreichte sein Ziel, ein zweites blieb in der rechten Wagentüre stecken, während das dritte R. unter der rechten Achselhöhle verletzte.

Das Bundesgericht führte in seinem Entscheid aus, da Sch. die Identität von R. und D. gekannt habe, sei gegen den Gebrauch der Schusswaffe zum vornherein grösste Zurückhaltung geboten gewesen. Die beiden hätten auch kein schweres Verbrechen oder Vergehen begangen gehabt. Zudem seien sie entgegen der Darstellung des Sch. nicht als gefährlich zu betrachten. Es stehe nämlich fest, dass Sch. im Zeitpunkt der Schussabgabe keiner Gefahr mehr ausgesetzt gewesen sei und die beiden durch die Ortspolizei hätte anhalten lassen können.

Der zitierte BGE zeigt zunächst, dass das Bundesgericht hinsichtlich der Durchsetzung strafprozessualer Massnahmen - wie die kantonalen Schusswaffenreglemente - offenbar ebenfalls auf die Kriterien "schweres Verbrechen" oder "schweres Vergehen" abstellt. Zu Recht hat es daher festgehalten, dass der Tatbestand des Wilderns nicht zu den Verbrechen oder Vergehen gehört und derjenige der Hinderung einer Amtshandlung gemäss Art. 286 StGB kein schweres Vergehen darstellt. Es hat jedoch nicht in Betracht gezogen, dass D. durch seine Fahrweise, die Sch. nötigte, einen Sprung zur Seite zu machen, die körperliche Integrität des Beamten in ernstzunehmender Weise gefährdete, da sich der Lenker keineswegs auf die schnelle Reaktion und die Sprungkraft des Sch. verlassen konnte. Somit hat D. zusätzliches Unrecht begangen, wobei aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, ob er durch sein Fahrmanöver nur eine schwere Körperverletzung oder gar den Tod des Sch. in Kauf genommen hat. Demzufolge ist für die Beurteilung der Voraussetzungen des Schusswaffengebrauchs im Hinblick auf die Kriterien "schweres Verbrechen" oder "schweres Vergehen" nicht nur das den Tatbeständen des Wilderns und der Hinderung einer Amtshandlung, sondern zusätzlich das eines Versuchs der einfachen (Art. 123 StGB) bzw. schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) oder gar der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) entsprechende Unrecht zu gewichten, was zusammen unter Umständen dem Unrechtsgehalt eines schweren Verbrechens oder schweren Vergehens in etwa entsprechen könnte.

Diese Ueberlegung muss auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Gefährlichkeit des D. haben. Jener hat um seiner Flucht willen eine ernstzunehmende Verletzung der körperlichen Integrität des korrekt vorgehenden Beamten in Kauf genommen. Wenn das Bundesgericht Sch. vorwirft, er hätte die Wilderer durch die Ortspolizei anhalten lassen können, so hat es wohl nicht bedacht,

dass D. auch die Ortspolizisten durch seine Fahrweise hätte in Gefahr bringen können und dass eine allfällige Schiesserei in bewohntem Gebiet viel schlimmere Folgen gehabt hätte als die tatsächlich eingetretenen. Zudem hätte D. im Falle der Weiterfahrt durch seinen Zick-Zack-Kurs andere Verkehrsteilnehmer in nicht unerheblichem Masse gefährden können (75).

Aus diesem Grunde scheint mir die kategorische Feststellung des Bundesgerichtes, die Wilderer seien nicht als gefährlich zu betrachten, nicht richtig zu sein. Da zudem das von R. und D. begangene Unrecht schwerer zu gewichten ist, als es vom Bundesgericht offensichtlich angenommen wird, könnte m.E. die Schussabgabe gerechtfertigt werden, falls sich bei genauerer Feststellung des Sachverhaltes keine gegenteiligen Anhaltspunkte ergäben und sich die sofortige Festnahme der beiden gestützt darauf als notwendig erweisen würde (76). Dies gilt umso mehr, als Sch. nicht auf R. und D., sondern auf deren Fahrzeug gezielt und geschossen hat.

2.2. Der Waffengebrauch zur Sicherung des Straf- und Massnahmenvollzuges

2.2.1. Waffengebrauch zur Sicherung des Strafvollzuges

Wie beim Untersuchungsgefangenen, geht es auch beim Strafgefangenen um die Frage der Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs gegen Personen, die sich in amtlichem Gewahrsam befinden bzw. befanden. Der Unterschied liegt darin, dass der Untersuchungshäftling inhaftiert wird, obschon seine Schuld (noch) nicht erwiesen ist, während der Strafgefangene durch einen rechtskräftigen Richterspruch als Täter überführt und bestraft wurde. Trotz dieser wesentlichen Differenz sehen die Schusswaffenreglemente für den Fall der Festnahme entwichener Strafgefangener regelmässig keine besonderen Bestimmungen vor, sondern stellen auf die gleichen Kriterien ab, wie sie für den Vollzug strafprozessualer Massnahmen dargelegt worden sind. Dieser Gleichbehandlung der verschiedenen Lebenssachverhalte ist zu Recht widersprochen worden (77).

Während es bei der Untersuchungshaft um die Ermittlung des Täters und die

75) Vgl. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 130 f.

76) Dazu auch Rehberg, a.a.O., 128.

77) Rehberg, a.a.O., 129. Gleicher Ansicht Hug, Schusswaffengebrauch, 186.

Abklärung von Straftaten geht, steht beim Strafvollzug die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches im Vordergrund. Zentrales Moment für die Gewichtung des staatlichen Interesses am Einsatz unmittelbaren Zwanges zur Wiedererergreifung von Strafgefangenen ist m.E. das im Strafurteil angeordnete Mass und die Dauer der Isolation des Straftäters von der Gesellschaft. Je lückenloser und intensiver nämlich diese Isolation im Urteil angeordnet ist, desto grösser wird der durch die Flucht diesbezüglich geschaffene Unterschied. So ist jene Differenz bei kurzen Strafen und in offenen Anstalten sowie bei der Halbgefangenschaft relativ gering, während sie sich vor allem beim Vollzug von Freiheitsstrafen in geschlossenen Anstalten stark bemerkbar macht. Zudem misst der Staat der Durchsetzung seines Strafanspruches in all jenen Fällen, in denen er den Verurteilten nicht in einer geschlossenen Anstalt unterbringt, keine absolute Priorität zu, indem er eine eventuelle Flucht - im Interesse der Resozialisierung - zumindest in Kauf nimmt.

Da der Polizeibeamte der hoheitlichen Entscheidung betreffend die dem Täter auferlegte Strafe und deren Vollzug nur bei offenkundiger Rechtswidrigkeit nicht zu folgen hat (78), muss er sich an die Qualifizierung des Täterverhaltens, welches in der Strafe zum Ausdruck kommt, sowie an die Anordnung der Vollzugsbehörden halten und kann demzufolge nicht selbst entscheiden, ob der Täter ein schweres Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Wenn der Verurteilte zudem in einer offenen Anstalt untergebracht wird oder seine Strafe in der Form der Halbgefangenschaft verbüsst, wurde von der zuständigen Behörde die grundsätzlich verbindliche Feststellung getroffen, dass jener im Zeitpunkt des Urteils bzw. der Vollzugsanordnung nicht als gefährlich eingestuft wurde. Es bedarf demnach neuer Tatsachen, um die Annahme der Gefährlichkeit zu rechtfertigen.

Mit diesen Ausführungen scheint mir genügend dargetan, dass der Durchsetzung des Strafvollzuges mittels Schusswaffengebrauchs nur dann ein das Interesse des Häftlings an seiner körperlichen Unversehrtheit übersteigender Handlungswert zukommt, wenn der Verurteilte in einer geschlossenen Anstalt ein-

78) Vgl. oben, 157 ff.

sitzt (79) und die Strafe eine gewisse Minstdauer erreicht, wobei selbstverständlich die konkreten Umstände des Einzelfalles, so insbesondere die Art und Weise der Vorbereitung und Durchführung der Flucht zu würdigen und in die Wertabwägung miteinzubeziehen sind.

Hinsichtlich dieser Minstdauer nennt Rehberg für die Normierung des Schusswaffengebrauchs als untere Grenze eine Strafe von drei Monaten, indem er unter Hinweis auf Art. 37bis und 39 StGB ausführt, derartige Strafen würden entweder für Uebertretungen oder Vergehen ausgesprochen, die der Strafgesetzgeber jenen im Vollzug gleichsetze. Zudem will er den Gebrauch der Schusswaffe auch bei längerfristigen Strafen verbieten, wenn sich der Häftling in einer offenen Anstalt für Erstmalige befindet (80). Während der zweiten Aussage vorbehaltlos zugestimmt werden kann, erscheint mir richtig, bezüglich der Mindeststrafe analog zum im Zusammenhang mit der Durchsetzung strafprozessualer Massnahmen Ausgeführten zu differenzieren. Danach wäre bei der Festnahme eines flüchtigen Strafgefangenen, der eine Strafe von mindestens drei Monaten in einer geschlossenen Anstalt abzusitzen hat, von der Schusswaffe Gebrauch zu machen, wenn aufgrund der konkreten Umstände voraussichtlich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in dessen Arme oder Beine getroffen wird, während bei rechtlich erheblicher Gefahr eines Rumpftreffers nur dann geschossen werden darf und muss, wenn der Gefangene im Minimum zu einer Strafe von einem Jahr Freiheitsentzug verurteilt wurde (81).

Verschiedentlich wird bei der Frage des Schusswaffengebrauchs gegen flüch-

79) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 129. Hug, Schusswaffengebrauch, 186 ff.

In Deutschland genügt es als Voraussetzung für den Einsatz der Schusswaffe, dass sich der Gefangene in "amtlichem Gewahrsam" befindet oder in einer "festen Anstalt" einsitzt. Vgl. Bergschneider, Polizeilicher Waffengebrauch, 56 f. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 37. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 50. Pioch, UZwG, 160 ff. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 201. § 42 Abs. 2 DMuE.

80) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 129. Gleicher Ansicht Hug, Schusswaffengebrauch, 188.

81) Von einer Minstdauer von einem Jahr Freiheitsentzug geht auch das österreichische Recht aus; zudem muss es sich beim Gefangenen um einen "für die Sicherheit des Staates, der Person oder des Eigentums allgemein gefährlichen Menschen" handeln, vgl. § 7 Ziff. 3 WGG und § 105 Abs. 6 Ziff. 3 StVG.

tende Häftlinge darauf abgestellt, ob diese einen mehr oder weniger grossen Teil ihrer Strafe bereits abgesessen haben (82). Nach Krüger ist der "Schuss in das Bein eines aus der Strafhaft flüchtenden Mörders zulässig und auch erforderlich, wenn jener gerade in ein am Ufer fahrbereit wartendes Motorboot springen will, dem der die Verfolgung mit dem Fahrrad vornehmende Polizeibeamte nicht nacheilen kann". Der Schusswaffengebrauch ist seiner Ansicht nach jedoch dann unverhältnismässig, "wenn dieser Mörder von einer 15-jährigen Freiheitsstrafe nur noch einen Monat oder weniger zu verbüssen hat" (83).

Demgegenüber ist Rehberg der Ansicht, dass die Dauer der noch zu verbüssenden Reststrafe keinen Einfluss auf die Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs haben soll (84). Dieser Meinung ist - auch unabhängig von der Frage der Praktikabilität einer Lösung, welche die Dauer der zu verbüssenden Reststrafe mitberücksichtigen will - zuzustimmen. Zum einen kann die Höhe der noch nicht verbüssten Strafe deshalb nicht relevant sein, weil dem Strafgefangenen regelmässig ohnehin auf dem Wege der bedingten Entlassung ein Drittel der Strafe erlassen wird (85) und er sich im Falle der Flucht wohl kaum auf gute Führung berufen kann, während andererseits ein beträchtliches Mass an "krimineller Energie" aufgewendet werden muss, um kurz vor der Entlassung zu fliehen und für den Fall der Wiederergreifung auf das Privileg des Art. 38 Ziff. 1 StGB zu verzichten. Entsprechend ist zu beachten, dass auch der sich zur Verbüssung einer kurzen Freiheitsstrafe in einer geschlossenen Anstalt befindliche Häftling zur Bewerkstelligung der Flucht die gleichen Hindernisse zu überwinden hat wie derjenige, der zu einer langjährigen Strafe verurteilt ist, und zudem diese Schwierigkeiten in Kauf nimmt, ob schon er nur eine kurze Strafe zu verbüssen hätte.

Da ein grosser Teil der Häftlinge, die von der Polizei wiederum dem Strafvollzug zugeführt werden müssen, solche sind, die von einem bewilligten Urlaub nicht mehr in die Strafanstalt zurückkehren, kann man sich fragen, ob

82) Bremer, Waffengebrauch, 67.

83) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 25. Aehnlich Blei, Polizeilicher Waffengebrauch, 631. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 141 zu § 51.

84) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 129.

85) Art. 38 Ziff. 1 StGB.

dem Polizeibeamten hier nicht die Entscheidung über den Einsatz der Schusswaffe teilweise abgenommen werden könnte. Tatsächlich wäre es wünschenswert, wenn die für den Strafvollzug zuständige Behörde nach Rücksprache mit der Anstaltsleitung verpflichtet würde, dem Polizeikommando nicht nur eine Liste der nach Ablauf desurlaubes nicht mehr in die Anstalt zurückgekehrten Häftlinge zukommen zu lassen, sondern gleichzeitig mitzuteilen, welche Entwichenen nötigenfalls unter Einsatz der Schusswaffe dem Strafvollzug zuzuführen wären. Dieses Vorgehen hätte den Vorteil, dass die Bewertung des staatlichen Interesses an der Wiederergriffung entwichener Häftlinge von speziell auf dem Gebiet des Strafvollzugs geschulten Beamten, welchen die jeweiligen Akten der Entwichenen zur Verfügung stehen und die auch für die Gewährung desurlaubes verantwortlich zeichnen, vorgenommen werden könnte und dass dabei auch Erfahrungen der mit dem Vollzug betrauten Anstaltsorgane bezüglich der Gefährlichkeit der Festzunehmenden mitberücksichtigt werden könnten.

Sehr interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Vorschlag, wonach alle Gefangenen mit einer gewissen Mindeststrafe vor dem Strafantritt in einer geschlossenen Anstalt durch die mit dem Vollzug betrauten Organe auf die grundsätzliche Möglichkeit des Schusswaffengebrauchs im Entweichungsfall hinzuweisen wären (86), da ein derartiges Vorgehen auch unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention nur positive Auswirkungen haben kann.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen Sch., zusammengestellt nach einem internen Polizeirapport.

Aufgrund eines Telefonanrufes des Aufsehers Z. der Strafanstalt Regensburg erfuhr Polizist B., Z. sei vom Strafgefangenen R. mitgeteilt worden, dass der vor wenigen Tagen aus der Anstalt entwichene Sch. beabsichtige, dem R. bei der Flucht aus der Strafanstalt behilflich zu sein. Noch zu jener Zeit, als sich beide in der Strafanstalt befunden hätten, sei vereinbart worden, dass derjenige, dem die Flucht zuerst gelinge, später dem anderen bei dessen Flucht beistehe. Ein bestimmtes Zeichen des Geflohenen werde seinem Kollegen in der Strafanstalt kundtun, dass sich der Entwichene zwischen der Strafanstaltsgärtnerei und der SBB-Linie Regensburg-Affoltern, vermutlich mit einem Motorfahrzeug, aufhalte.

86) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 44. Ähnlich Bremer, Waffengebrauch, 55. Pioch, UZWG, 162.

Da sich R. in der Zwischenzeit eines besseren besonnen hatte und nicht mehr zu entweichen beabsichtigte, orientierte er die Anstaltsleitung. Für die Polizei ging es folglich nur mehr darum, den entwichenen Sch. wieder zu ergreifen. Es konnte in Erfahrung gebracht werden, dass es sich bei jenem um einen gefährlichen Verbrecher handelte, der sich der Verhaftung jeweils mit allen Mitteln zu entziehen versuchte. Der für die Aktion verantwortliche Einsatzleiter liess die Umgebung der Strafanstalt eingehend erkunden und zur kritischen Zeit mit Beobachtungsposten und mobilen Patrouillen umstellen.

Gegen Einbruch der Dunkelheit wurde von einem Posten ein dunkler Kastenwagen, wie er gemäss Vermutungen der Polizei von Sch. gestohlen worden war, auf der Fahrt in Richtung Strafanstaltsgärtnerei beobachtet. Der Einsatzleiter und Polizist B. fuhren daraufhin dem Wagen entgegen und konnten diesen unmittelbar vor den Schuppen der Gärtnerei stellen. Der Aktionsleiter sprang auf das Fahrzeug zu und versuchte die Türe aufzureissen, was jedoch nicht gelang. B. machte sich so nahe an den Wagen heran, dass er von den Scheinwerfern nicht mehr geblendet wurde. Der Lenker trug einen tief ins Gesicht gezogenen Hut und eine in der Dämmerung sehr dunkel scheinende Sonnenbrille. Noch ehe sich die Beamten ausweisen konnten, legte der Fahrer blitzschnell den Rückwärtsgang ein, fuhr einige Meter zurück und dann in raschem Tempo auf B. zu, so dass jener zur Seite springen musste, um vom Fahrzeug nicht erfasst zu werden. Sowohl B. als auch einer seiner Kollegen gaben mehrere Schüsse auf das Fluchtfahrzeug ab. Die mobilen Patrouillen nahmen die Verfolgung des Flüchtenden auf, konnten ihn jedoch nicht mehr stellen. Der durch Schüsse beschädigte Wagen wurde am nächsten Morgen in Regensdorf gefunden.

Der vorliegende Fall ist insofern aussergewöhnlich, als die an der Fahndung beteiligten Polizeibeamten sich auf die Festnahme des Sch. vorbereiten konnten. Es war ihnen bekannt, dass jener im Zeitpunkt seiner Flucht noch eine längere Strafe in der geschlossenen Anstalt Regensdorf anzusitzen hatte. Zudem hatten sie in Erfahrung bringen können, dass er allgemein als gefährlich eingestuft wurde - es war bei früheren Verhaftungen mehrmals zu Schiesereien gekommen - und dass er sich der Festnahme jeweils mit allen Mitteln zu entziehen versuchte.

Der Einsatz der Schusswaffe zur Durchsetzung der Verhaftung war unter diesen Umständen als letztes Mittel ohne weiteres zulässig; er könnte entsprechend den obigen Ausführungen gegen jeden Flüchtling aus einer Strafanstalt wie Regensdorf gerechtfertigt werden, sofern dem Beamten nicht Umstände bekannt sind oder aufgrund pflichtgemässer Sachverhaltsfeststellung bekannt sein müssen, welche den Gebrauch der Schusswaffe unverhältnismässig erscheinen lassen würden.

2.2.2. Waffengebrauch zur Sicherung des Massnahmenvollzuges

Wie für die Sicherung des Strafvollzuges, fehlt auch für diejenige des Massnahmenvollzuges im schweizerischen Recht eine spezielle Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit des Schusswaffengebrauchs zur Ergreifung von aus dem amtlichen Gewahrsam Entwichenen; somit gelten diesbezüglich die allgemeinen Vorschriften. Zutreffend führt Rehberg dazu aus, das Kriterium des "schweren Verbrechens" oder "schweren Vergehens" erscheine hier, wie bei der Sicherung des Strafvollzuges, kaum sinnvoll (87).

Tatsächlich erfolgt auch hier die Qualifizierung des Täterverhaltens durch ein Gericht, dessen Urteil für den Polizeibeamten verbindlich ist, wobei in der Art und Dauer der ausgesprochenen Massnahme das staatliche Interesse an der Isolation des Täters von der Gesellschaft und insbesondere auch die Einschätzung von dessen Gefährlichkeit durch das urteilende Gericht zum Ausdruck kommt.

Im Sinne dieser Erwägungen hält Rehberg dafür, dass der Gebrauch der Schusswaffe gegenüber solchen Entwichenen zulässig sei, an denen Massnahmen vollzogen werden, "die den Schutz der Oeffentlichkeit bezwecken und/oder in geschlossenen Anstalten durchgeführt werden"; aus Gründen der Praktikabilität schlägt er schliesslich für die Normierung des Schusswaffeneinsatzes zur Wiedererergreifung Entwichener aus dem Straf- und Massnahmenvollzug eine gemeinsame Regelung vor, nach welcher einzig darauf abgestellt werden soll, ob "der Gefangene aus einer geschlossenen Anstalt entweicht oder die Umstände auf seine besondere Gefährlichkeit schliessen lassen" (88).

Diese Regelung scheint zwar vertretbar und ist vor allem in der Praxis sehr gut zu handhaben, jedoch besteht ein den Schusswaffengebrauch rechtfertigendes Interesse an der zwangsweisen Durchsetzung des Massnahmenvollzuges m.E. genau genommen nur dann, wenn die Massnahme den Schutz der Oeffentlichkeit bezweckt. Davon scheinen auch die Schusswaffengebrauchsbestimmungen in Deutschland und Oesterreich auszugehen, indem sie darauf abstellen, ob sich

87) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 129. Im Anschluss daran auch Hug, Schusswaffengebrauch, 189 f.

88) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 129. Gleicher Ansicht, Hug, Schusswaffengebrauch, 189 f.

der Entwichene in Sicherungsverwahrung befindet (89) oder als für die Sicherheit der Person oder des Eigentums allgemein gefährlicher Geisteskranker erscheint (90).

Ohne weiteres zuzustimmen ist Rehberg darin, dass der einzelne Polizeibeamte nicht von sich aus wissen kann, welche Art von Massnahme im jeweiligen Fall ausgesprochen wurde. Hier scheint mir jedoch die bereits früher angeregte Lösung angezeigt, wonach die für den Vollzug der Massnahme zuständige Behörde in Zusammenarbeit mit den Anstaltsorganen de lege ferenda verpflichtet werden sollte, zusammen mit der Fluchtmeldung anzugeben, ob gegenüber dem Entwichenen notfalls von der Schusswaffe Gebrauch gemacht werden kann (91), da jene aufgrund des Verhaltens während des Massnahmenvollzuges und gestützt auf die Möglichkeit jederzeitiger Einsicht in die Akten des Geflohenen sicherlich am besten entscheiden können, ob dieser als gefährlich einzustufen ist.

Für den Fall, dass ein Polizeibeamter einem aus dem Massnahmenvollzug Entwichenen ohne Kenntnis der Anordnungen der Vollzugsbehörde zufälligerweise begegnet, hat er m.E. nur dann von der Schusswaffe Gebrauch zu machen, wenn jener aufgrund der besonderen Umstände in der konkreten Situation als gefährlich zu betrachten ist.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass dem Gebot, die Schusswaffe nur dann einzusetzen, wenn es sich als absolut notwendig erweist (92), bei der Festnahme geistig Abnormer ganz besondere Bedeutung zukommen kann, da jene vielfach gefühlsmässig reagieren und deshalb unter Umständen allein durch gütliches Zureden zur Aufgabe ihres Vorhabens bewegt werden können.

89) Bergschneider, Polizeilicher Waffengebrauch, 56 f. Bremer, Waffengebrauch, 66. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 37. Hausen/Schweers, Die Zwangsmittel der Polizei, 97. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 50, mit Zitaten der entsprechenden Ländergesetze in Anm. 62.

90) Erben/Szirba, 59. § 7 Ziff. 4 WGG.

91) Vgl. dazu auch oben, 231 ff.

92) Vgl. unten, 252 ff.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen M., zusammengestellt nach einem internen Polizeirapport.

Dr. H. meldete dem Polizeikommando, M. sei aus der psychiatrischen Klinik W. entwichen und habe sich an seinem Wohnort im Hause seines Vaters verschanzt; einer Aufsehergruppe gegenüber habe er gedroht, er werde jeden erschiessen, der sich dem Hause nähere.

Die Polizeibeamten E. und B. wurden beauftragt, M. festzunehmen und in die psychiatrische Klinik W. zurückzuführen. Sie wurden speziell auf die Warnung des Dr. H. aufmerksam gemacht, wonach M. schonungslos von der Schusswaffe Gebrauch machen werde. E. und B. beschliessen, nur im schlimmsten Fall gewaltsam vorzugehen und zunächst Polizist G., einen Schulkollegen des M., mit jenem verhandeln zu lassen, wobei sie ihm - für M. unsichtbar - Feuerchutz gewährten.

M. liess sich unter Hinweis auf frühere gemeinsame Indianerspiele überreden, in die Klinik zurückzukehren, und sodann widerstandslos abführen.

Sicher hat hier der Zufall eine überragende Rolle gespielt, indem mit G. innert nützlicher Frist eine Person gefunden werden konnte, mit welcher sich der Entwichene verbunden fühlte, dass sich jener bereit erklärte, das gefährliche Gespräch zu führen und dass er schliesslich genau das richtige Thema traf. Das Beispiel zeigt aber auch, dass in solchen Fällen bei der Prüfung der Erforderlichkeit des Schusswaffengebrauchs ganz besonders genaue Abklärungen getätigt werden müssen und andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, als dies bei geistig normalen Entwichenen der Fall ist.

II Die Gefährlichkeit des Polizeipflichtigen

1. GRUNDLAGEN

Nach Art. 2 Ziff. 3 lit. b MuDA 76 hat die Polizei, "wenn andere Mittel nicht ausreichen", von der Schusswaffe Gebrauch zu machen, "wenn sie aufgrund enthaltener Informationen oder aufgrund persönlicher Feststellungen annehmen darf oder muss, dass Personen für andere eine unmittelbar drohende Gefahr an Leib und Leben darstellen und sich diese der Festnahme oder einer bereits vollzogenen Verhaftung durch Flucht zu entziehen versuchen".

Ebenso ist nach Art. 2 Ziff. 1 und 2 MuDA 76 der Schusswaffengebrauch geboten, wenn die Polizei oder andere Personen "mit einem gefährlichen Angriff

unmittelbar bedroht oder gefährlich angegriffen" werden.

Mit diesen Bestimmungen wollte man dem folgenden Gedanken Rechnung tragen, den das Bundesgericht in BGE 94 IV 9 hinsichtlich des Vorwurfes zu leichtfertigen Waffengebrauches festgehalten hat (93): "Das heisst indes nicht, dass die Angemessenheit polizeilichen Vorgehens auch dann zu verneinen sei, wenn gewichtige Gründe einen Polizeibeamten zur Auffassung bringen konnten, er habe mit einem gefährlichen Verbrecher zu tun, den er nur mit der Waffe zu stellen vermöge".

Diese Rechtsprechung findet ihre Bestätigung in BGE 99 IV 256, wo die Anwendung von Art. 32 StGB unter anderem deshalb abgelehnt wurde, weil für den Polizeibeamten keine hinreichenden Gründe vorlagen, "die ihn berechtigten, allgemein auf eine besondere Gefährlichkeit der Wilderer zu schliessen", da "die Wilderer den Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt mit einem unmittelbaren Angriff bedrohten, sondern einzig bestrebt waren, den Zugriff der Polizei durch Flucht zu vereiteln".

Somit wird im erstgenannten Entscheid durch die Tatsache, dass sich der Polizeipflichtige in einer einschlägigen Gegend aufhielt, sowie auf die Aufforderung hin, sich auszuweisen, trotz Abgabe eines Warnschusses zunächst die Flucht ergriff und anschliessend den Beamten angriff, auf einen gefährlichen Verbrecher geschlossen, während die Wilderer im zweiten Fall als nicht gefährlich eingestuft wurden, obschon sich der Polizist nur durch einen Sprung zur Seite vor dem Ueberfahren hat retten können (94).

Richtet sich die von einem Polizeipflichtigen ausgehende Gefahr gegen Sachen, so muss von der Schusswaffe nach Art. 2 Ziff. 3 lit. d nur "zur Verhinderung eines unmittelbar drohenden schweren Verbrechens oder schweren Vergehens an Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen oder die für die Allgemeinheit wegen ihrer Verletzlichkeit eine besondere Gefahr bilden", Gebrauch gemacht werden. Im deutschen Recht ist der Begriff der Gefährlichkeit weitgehend konkretisiert, indem sowohl nach § 42 Abs. 1 Ziff. 3 lit. b DMuE (95) als auch nach den Ländergesetzen (96) der Schusswaffeneinsatz auf

93) Vgl. Erläuterungen zu Art. 2 Ziff. 3 lit. b MuDA 76.

94) Vgl. auch oben, 226 ff.

95) Vgl. auch § 42 Abs. 1 Ziff. 4 lit. b DMuE.

96) Zitate bei Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 49, Anm. 56 und 50, Anm. 59.

einen Flüchtenden bei dringendem Tatverdacht eines Vergehens nur zulässig ist, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, der Betreffende führe Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich, woraus geschlossen werden kann, dass sich die vom Pflichtigen ausgehende Gefahr nicht nur gegen Personen, sondern auch gegen Sachen richten kann.

Nach dem österreichischen Waffengesetz ist eine Person gefährlich, die eines Verbrechens "überwiesen oder dringend verdächtig ist, das für sich allein oder in Verbindung mit ihrem Verhalten bei der Festnahme oder Entweichung sie als einen für die Sicherheit des Staates, der Person oder des Eigentums allgemein gefährlichen Menschen kennzeichnet" (97). Aus diesen Zitaten ergibt sich ohne weiteres, dass das Moment der Gefährlichkeit des Pflichtigen bei der Prüfung der Voraussetzungen des Schusswaffengebrauchs mitzuberücksichtigen ist, indem das öffentliche Interesse an der Verhinderung der Realisierung jener Gefahr mit deren zunehmendem Ausmass steigt.

Schwierigkeiten bildet jedoch die Beantwortung der Frage, wann eine bestimmte Person als "gefährlich" im Sinne der Voraussetzungen des Schusswaffengebrauchs zu betrachten ist. Während - wie dies aus den angeführten Zitaten deutlich wird - hinsichtlich der Bedeutung des Gefahrbegriffs bezüglich der Rechtsgüter Leib und Leben weitgehend ähnliche Regelungen festzustellen sind, bestehen deutliche Differenzen bei der Beurteilung der Gefährlichkeit einer Person für Sachen (98).

2. DIE GEFAEHRlichkeit EINER PERSON FUEr DIE KOERPERliche INTEGRITAET DRITTER

Während in der MuDA 51 der Schusswaffengebrauch zur Verhinderung schwerer Verbrechen oder schwerer Vergehen generell zulässig war, lässt sich aus Art. 2 Ziff. 1 und 2 sowie Art. 2 Ziff. 3 lit. b MuDA 76, wonach der Einsatz der Schusswaffe bei unmittelbar drohenden gefährlichen Angriffen auf eine Person bzw. bei unmittelbar drohenden Gefahren für Leib und Leben von Personen

97) § 7 Ziff. 3 WGG. Erben/Szirba, 56 f. Zur Gefährlichkeit des Geisteskranken, vgl. oben, 234 ff.

98) Vgl. unten, 243 ff.

vorgeschrieben ist, nicht ohne weiteres entnehmen, welche Rechtsgüter neben demjenigen der körperlichen Integrität geschützt sind (99).

In beiden Bestimmungen jedoch ist eine unmittelbar drohende Gefahr für persönliche Rechtsgüter Voraussetzung der Zwangshandlung. Aus diesem Grunde ist zunächst nicht ganz einzusehen, weshalb Rehberg und im Anschluss daran auch Hug davon auszugehen scheinen, die präventive Festnahme mittels Waffengewalt sei entgegen dem Wortlaut der Bestimmung zulässig, bevor die potentiell gefährdeten Personen unmittelbar mit einer Straftat gegen Leib und Leben bedroht werden (100). Verständlich wird diese Auslegung nach Konsultation der Erläuterungen zu Art. 2 Ziff. 3 lit. b MuDA 76, gemäss welchen der Sinn jener Bestimmung darin liegt, dass die Festnahme einer generell für die Rechtsgüter von Leib und Leben gefährlichen Person unter Einsatz der Schusswaffe durchgesetzt werden dürfe. Jene Interpretation der Norm steht m.E. in klarem Widerspruch zu deren Wortlaut, indem dort eine unmittelbar drohende Gefahr für Leib und Leben vorausgesetzt wird, was bezüglich des Begriffs "unmittelbar" entsprechend Art. 2 Ziff. 2 MuDA 76 und in Analogie zum Notwehrtatbestand gemäss Art. 33 StGB nur bedeuten kann, dass die Rechtsgüter einer oder mehrerer bestimmter Personen aktuell gefährdet sind, nicht aber im Sinne der Erläuterungen, dass der Festzunehmende aufgrund seines Charakters oder seines Wesens potentiell für nicht näher bestimmte Menschen in seiner jeweiligen Umgebung eine Gefahr darstellt (101). Geht man von der Richtigkeit dieser Ueberlegung aus, so stimmen Art. 2 Ziff. 1 und Art. 2 Ziff. 3 lit. b der MuDA 76 bezüglich Kriteriums "unmittelbare Gefahr für die Rechtsgüter Leib und Leben" inhaltlich überein.

Wenn Art. 2 Ziff. 2 MuDA 76 zusätzlich von einem "gefährlichen" Angriff spricht, so fragt sich, was damit wohl gemeint ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder Angriff auf eine Person für deren Rechtsgüter gefährlich ist, indem die Wahrscheinlichkeit ihrer Beeinträchtigung zunimmt. Nun

99) Vgl. unten, 243 f.

100) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 82 f. Hug, Schusswaffengebrauch, 164.

101) Dieser Gefährlichkeitsbegriff würde etwa jenem der Sozialgefährlichkeit als Voraussetzung von sichernden Massnahmen entsprechen, vgl. z.B. Haf-ter, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 245 f. Rehberg, Strafrecht II, 30. Schultz, Einführung II, 19 f.

fragt sich aber, ob durch das Erfordernis der Gefährlichkeit des Angriffs nur ein in irgendeiner Weise qualifizierter Angriff den Einsatz der Schusswaffe zu rechtfertigen vermag.

Im Strafrecht wird der Begriff der Gefährlichkeit in verschiedenem Zusammenhang und mit unterschiedlichem Inhalt gebraucht, wobei als gemeinsames Merkmal wohl die Neigung des Täters, sich immer wieder in schwerer Weise strafbar zu machen, zu betrachten ist (102). Es handelt sich dabei demnach um ein Charakter- und Persönlichkeitsmerkmal des Täters. Da im vorliegenden Zusammenhang zur Bestimmung des der Festnahme des Angreifenden bzw. der Unterbrechung des Angriffs zukommenden öffentlichen Interesses, als Voraussetzung der Statuierung einer entsprechenden Sorgfaltspflicht, auf die konkreten Umstände abzustellen ist und da ein unmittelbar drohender Angriff vorausgesetzt wird, damit überhaupt ein diesbezügliches Interesse angenommen werden kann, spielt die generelle Gefährlichkeit des Angreifenden keine bzw. nur indirekt eine Rolle, weil sie sich im konkreten - und damit die Sorgfaltspflichten beeinflussenden - Fall realisiert.

Somit kann der Begriff der "Gefährlichkeit des Angriffs" als Voraussetzung des Schusswaffengebrauchs nur dahin verstanden werden, dass die erkennbaren Umstände für einen einsichtigen Polizeibeamten im Zeitpunkt des Angriffs darauf schliessen lassen, eine Beeinträchtigung der persönlichen Rechtsgüter des Angegriffenen oder Dritter sei wahrscheinlich und stehe unmittelbar bevor. Unter dem Begriff der Gefährlichkeit in diesem Zusammenhang ist folglich das Aktuellwerden der von einer bestimmten Person in einer konkreten Situation ausgehenden Gefahr für rechtlich geschützte Interessen Dritter zu verstehen (103) (104). In diesem Sinne liegt die Gefährlichkeit des An-

102) Hafter, a.a.O., 368. Rehberg, a.a.O., 30, 32. Schultz, a.a.O., 209. Schwander, Strafgesetzbuch, 234, 306, 330 f., 332.

103) § 42 Abs. 1 Ziff. 3 lit. b und Ziff. 4 lit. b DMuE konkretisieren den Begriff der Gefährlichkeit durch die Merkmale der Bewaffnung und des Mitführens von Sprengstoff.

104) Gefährlich im hier verstandenen Sinne können nicht nur Personen sein, welche als generell gefährlich einzustufen sind; immer wieder zeigt sich, dass Personen, die nur relativ geringfügige Straftaten begangen haben und über einen tadellosen Leumund verfügen, schon wegen kleinster Delikte gegenüber der Polizei von der Schusswaffe Gebrauch machen, vgl. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 79 ff., insbesondere auch 81, Anm. 98. Engel, Aktuelle Fragen, 342 ff.

griffs als Voraussetzung des staatlichen Interesses an dessen Verhinderung darin, dass - beispielsweise aufgrund bekannter oder erkennbarer Eigenschaften oder besonderer Fähigkeiten des Angreifenden, der im konkreten Fall erkennbaren Zielstrebigkeit des Vorgehens oder der verwendeten Mittel (105) - angenommen werden darf und muss, ein tatbestandsmässiger Erfolg trete mit hoher Wahrscheinlichkeit ein bzw. die Beeinträchtigung der gefährdeten Güter könne weder durch die zu erwartende Reaktion des Angegriffenen vermieden noch zufolge der unzweckmässigen Tatausführung mit genügender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden (106).

Steht somit fest, dass nur der unmittelbar drohende und gefährliche Angriff auf die körperliche Integrität Dritter ein staatliches Interesse an dessen Unterbrechung mittels Schusswaffeneinsatzes zu begründen vermag, so stellt sich sofort die Frage, ob jede Beeinträchtigung der Rechtsgüter Leib und Leben dafür ausreicht.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nur die voraussichtlich schwere Verletzung der Güter des Angegriffenen ein so gewichtiges staatliches Interesse an dessen Verhinderung mittels Schusswaffeneinsatzes entstehen lassen kann, dass sie das Interesse des Angreifenden am Verzicht auf den Einsatz der Schusswaffe und der für ihn damit verbundenen Lebensgefährdung aufzuwägen und zu übersteigen vermag.

Zur Bestimmung des staatlichen Interesses am Ausbleiben der Gefährdung der durch den Angriff unmittelbar bedrohten Rechtsgüter drängt sich der Rückgriff auf die jenen Gütern vom Strafgesetzgeber beigemessenen Werte auf; dabei kann davon ausgegangen werden, dass das staatliche Interesse an der Unversehrtheit gewisser Rechtsgüter in der Tatsache ihres strafrechtlichen Schutzes und zudem in der abgestuften Schwere der in den jeweiligen Straftatbeständen angedrohten Sanktionen zum Ausdruck kommt (107).

Daraus folgt grundsätzlich, dass der die Rechtsgüter Leib und Leben primär verletzende bzw. gefährdende hoheitliche Waffeneinsatz nur dann rechtmässig

105) Vgl. dazu Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Qualifizierter Tatbestand der einfachen Körperverletzung) und § 223a des deutschen Strafgesetzbuches (Gefährliche Körperverletzung).

106) Ähnlich Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 63.

107) Vgl. oben, 124.

sein kann, wenn die aufgrund der konkreten Umstände zu erwartende Verletzung des Angreifenden durch die gezielte Schussabgabe zum Zwecke der Verhinderung des Angriffes nicht schwerer wiegt als die durch den Angriff voraussichtlich entstehende Rechtsgüterbeeinträchtigung beim Angegriffenen und bei allfälligen Dritten.

Somit können die für die Durchsetzung strafprozessualer Massnahmen geltenden Kriterien des "schweren Verbrechens" oder "schweren Vergehens" und die dazu gemachten Ausführungen (108) auch bezüglich der Verhinderung unmittelbar drohender bzw. der Unterbrechung im Gange befindlicher Angriffe auf die körperliche Integrität von Personen hier analog Anwendung finden, da der Begriff "gefährlicher, unmittelbar drohender Angriff" so auszulegen ist, dass darunter ein die Rechtsgüter Leib und Leben in ernstzunehmender Weise gefährdendes Verhalten zu verstehen ist, welches im Falle der Durchführung den Tatbestand eines schweren Verbrechens oder Vergehens erfüllen würde.

Sind diese Ausführungen betreffend die Zulässigkeit des Schusswaffeneinsatzes zur Unterbrechung eines gefährlichen, unmittelbar drohenden oder im Gange befindlichen Angriffs gemäss Art. 2 Ziff. 1 und 2 zutreffend, so fragt sich, ob durch die Formulierung in Art. 2 Ziff. 3 lit. b, welche von einer "unmittelbar drohenden Gefahr für Leib und Leben" spricht, eine vom erstgenannten Kriterium abweichende Voraussetzung für die gezielte Schussabgabe geschaffen wurde. M.E. ist die Frage zu verneinen, indem auch hier eine unmittelbare Gefahr für die körperliche Integrität Dritter vorausgesetzt wird, was entsprechend zu bedeuten hat, dass die Verletzung der Rechtsgüter Leib und Leben jenes Dritten in erheblichem Masse wahrscheinlich erscheint.

Zusammenfassend lässt sich diesen Ausführungen entnehmen, dass die Regelungen in Art. 2 Ziff. 1 und 2 sowie diejenige in Art. 2 Ziff. 3 lit. b MuDA 76 hinsichtlich der Rechtsgüter Leib und Leben einen identischen Inhalt haben, indem nach ihnen der Einsatz der Schusswaffe gerechtfertigt ist, wenn zufolge der ernstlichen Gefährdung der körperlichen Integrität unrechtmässig Angegriffener oder Dritter das Interesse an der Beseitigung jener Gefahr schwerer zu gewichten ist als das Interesse des Polizeipflichtigen am Ausbleiben der durch gezielte Schüsse zu erwartenden Gefährdung seiner Person.

108) Vgl. oben, 218 ff.

Für die Bestimmung des am Ausbleiben der Gefährdung jener Rechtsgüter zukommenden Gewichts ist diesbezüglich auf die in den Sanktionen der dem Schutz jener gefährdeten Rechtsgüter dienenden Straftatbestände enthaltene Wertung zurückzugreifen, weshalb das staatliche Interesse am Einsatz der Schusswaffe immer dann genügend gross ist, wenn im Falle der Realisierung der Gefahr ein schweres Verbrechen bzw. ein schweres Vergehen begangen würde.

3. DIE GEFAEHRlichkeit EINER PERSON FÜR DIE UEBRIGEN STRAFRECHTLICH GESCHÜTZTEN RECHTSGÜTER

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob das staatliche Interesse an der Verhinderung von Beeinträchtigungen anderer Rechtsgüter als Leib und Leben so schwer zu gewichten ist, dass es die Abgabe gezielter Schüsse zu rechtfertigen vermag. Einigkeit besteht darin, dass es niemals zulässig sein kann, einen Menschen zu töten, um eine Sache zu retten (109). Dies bedeutet jedoch nur, dass der Tod eines Menschen nicht in Kauf genommen oder absichtlich herbeigeführt werden darf, um derartige Rechtsgüter zu retten, nicht aber, dass eine ungewollte Tötung durch Schusswaffengebrauch zur Bewahrung jener Güter nicht gerechtfertigt werden könnte.

3.1. Gesetzliche Regelung

3.1.1. Der Schutz der persönlichen Rechtsgüter mit Ausnahme von Leib und Leben

Art. 2 Ziff. 1 und 2 MuDA 76 lassen den Einsatz der Schusswaffe zur Abwehr eines gefährlichen, unmittelbar drohenden oder im Gange befindlichen Angriffs gegen Personen zu. Wie beim Notwehrtatbestand gemäss Art. 33 StGB, der ja in der erwähnten Norm übernommen werden sollte (110), werden damit nicht nur die Rechtsgüter Leib und Leben, sondern auch die übrigen persön-

109) Bremer, Waffengebrauch, 48. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 35. Gobrecht, Schusswaffengebrauch, 14. Krüger, Bewusste Tötung, 1. Art. 2 Abs. 2 EMRK.

110) Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 1 MuDA 76.

lichen und individuellen Rechtsgüter, wie insbesondere das Rechtsgut der Freiheit, geschützt (111).

Zusammenfassend ist somit, unter Berücksichtigung der vorstehenden Interpretationen von Art. 2 Ziff. 1 und 2 MuDA 76 hinsichtlich des Rechtsgutes der körperlichen Integrität des Angegriffenen (112), davon auszugehen, dass der Angriff auf die übrigen persönlichen und individuellen, strafrechtlich geschützten Rechtsgüter einer Person immer dann unter Einsatz der Schusswaffe verhindert oder unterbrochen werden darf bzw. muss, wenn dadurch ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde, dessen Verhaltens- und Erfolgsunwert voraussichtlich schwerer zu gewichten ist als das - aufgrund der vom Standpunkt ex ante sorgfaltsgemäss ermittelten Gefährdung des Angreifers durch die Schussabgabe - bestehende Interesse des Polizeipflichtigen am Schutz seiner körperlichen Integrität.

3.1.2. Der Schutz von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen

Nach Art. 2 Ziff. 3 lit. d MuDA 76 ist der Schusswaffengebrauch zulässig "zur Verhinderung eines unmittelbar drohenden Verbrechens oder schweren Vergehens an Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen oder die für die Allgemeinheit wegen ihrer Verletzlichkeit eine besondere Gefahr bilden". Mit dieser Bestimmung will man, wie in den Erläuterungen ausgeführt wird, "der Polizei bei Bewachungsaufgaben die Möglichkeit geben, in Krisensituationen, z.B. bei Vorliegen konkreter Informationen, dass gegen ein besonders gefährdetes bzw. für Dritte gefährliches Objekt ein Sabotageakt begangen werden soll, von der Schusswaffe Gebrauch zu machen". Als derartige Einrichtungen werden beispielsweise aufgeführt: Tankanlagen, Gebäude mit wichtigen öffentlichen Archiven und Registern, Flughäfen, Anlagen des öffentlichen Verkehrs, Wasserversorgungsanlagen, Kraftwerke, Pipelines, Telephonzentralen usw. Demnach kommen als strafbare Handlungen vor allem in Betracht: Brandstiftung (Art. 221 StGB), Verursachung einer Explosion (Art. 223 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 StGB), Verursachung einer Ueberschwemmung oder eines Einsturzes (Art. 227

111) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 82.

112) Vgl. oben, 238 ff.

StGB), Beschädigung von elektrischen Anlagen, Wasserbauten und Schutzvorrichtungen (Art. 228 StGB), Gefährdung durch Freisetzung von Atomenergie (Art. 29 des Bundesgesetzes über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. 12. 1959), Beschädigung von Rohrleitungsanlagen und Störung des Betriebes von solchen (Art. 44 des Bundesgesetzes über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4. 10. 1963). Von jener in den Erläuterungen des MuDA 76 vorgenommenen exemplarischen Aufzählung sind nicht nur diejenigen Tatbestände erfasst, die vorstehend als schwerste Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus bezeichnet wurden, sondern auch schon solche, welche zu den schweren Verbrechen und Vergehen mit einer Mindeststrafe von drei Tagen Gefängnis gehören. Ohne Zweifel ist für den Schutz dieser der Allgemeinheit dienenden Anlagen gemäss MuDA 76 der Einsatz der Schusswaffe darum vorgesehen, weil die auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter als überaus wichtig bewertet werden.

Daraus muss geschlossen werden, dass der Einsatz der Schusswaffe zur Verhütung von schweren Verbrechen und Vergehen an anderen Rechtsgütern - mit Ausnahme der persönlichen - nicht erlaubt sein soll.

3.2. Kritik und Lösungsvorschlag

Durch den Ausschluss des Schusswaffengebrauchs zur Verhinderung von schweren Verbrechen und schweren Vergehen an Rechtsgütern, die weder zu den in Art. 2 Ziff. 3 lit. d aufgezählten noch zu den persönlichen und individuellen des Angegriffenen gehören, werden zwei Kategorien von strafrechtlich geschützten Rechtsgütern geschaffen.

Obschon die Beschränkung des Schusswaffeneinsatzes hinsichtlich des Sachgüterschutzes auf den ersten Blick infolge der besonderen Interessen der Öffentlichkeit sinnvoll erscheint, ist bei genauem Zusehen nicht auszumachen, worauf diese Differenzierung basiert. Grundsätzlich kommt nämlich das Interesse der Allgemeinheit an der Unversehrtheit von im Strafgesetzbuch umschriebenen Rechtsgütern in der Höhe der für den Fall ihrer Verletzung angedrohten Strafen zum Ausdruck; diese Aussage trifft hinsichtlich strafrechtlich geschützter Sachgüter vor allem deshalb in besonderem Masse zu, weil

bei jenen Straftatbeständen der Erfolgs- im Gegensatz zum Handlungsunwert eindeutig im Vordergrund steht. Wenn folglich das Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung der Beeinträchtigung bestimmter Sachgüter in der Tatsache ihrer strafrechtlichen Erfassung und der Höhe der angedrohten Sanktion im Verletzungsfall zum Ausdruck kommt, so kann es nicht richtig sein, die Kriterien "schweres Verbrechen" oder "schweres Vergehen" und "Interesse der Allgemeinheit" als alternative Voraussetzungen des Schusswaffengebrauchs aufzustellen, da jenes besondere öffentliche Interesse bei der Strafandrohung der entsprechenden Tatbestände - und damit bei der Qualifizierung der Verbrechensformen - bereits berücksichtigt worden ist.

Aus diesem Grunde scheint es mir nicht richtig, wenn nur bei solchen drohenden oder im Gange befindlichen Angriffen auf Sachgüter, die sich unter Art. 2 Ziff. 3 lit. d MuDA 76 subsumieren lassen, ein den gezielten Schusswaffeneinsatz rechtfertigendes staatliches Interesse angenommen wird, da jeder strafrechtliche Rechtsgüterschutz ein der Höhe der angedrohten Sanktionen entsprechendes staatliches Interesse voraussetzt.

In diesem Sinne wäre es - entgegen der Regelung in Art. 2 Ziff. 3 lit. d MuDA 76 - folgerichtig, wenn grundsätzlich die Ausführung aller schweren Verbrechen oder schweren Vergehen durch Gebrauch der Schusswaffe verhindert werden könnte bzw. müsste, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, wie dies in Art. 3 Ziff. 4 MuDA 51 richtigerweise vorgesehen war (113).

Durch eine derartige Regelung würden zudem die Voraussetzungen des Schusswaffengebrauchs im Bereich der Gefahrenabwehr und der Durchsetzung strafprozessualer Massnahmen vereinheitlicht, wie dies beispielsweise in Deutschland der Fall ist (114). Eine derartige Unterscheidung ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil es, wie vorstehend ausgeführt, keine ausschliesslich repressiven oder präventiven Massnahmen gibt (115). So ist sowohl das Verhalten des Angreifenden als auch desjenigen, der trotz Androhung des Schusswaffengebrauchs nicht von seinem unmittelbar bevorstehenden Angriff ablässt, als Versuch zu werten und daher auch unter strafprozessualen Ge-

113) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 82. Gleicher Meinung Hug, Schusswaffengebrauch, 162 f.

114) Vgl. oben, 215, 237 f.

115) Vgl. oben, 53 ff.

sichtspunkten zu betrachten (116), indem in einem solchen Falle der "letzte entscheidende Schritt, von dem in der Regel nicht mehr zurückgetreten wird", vielfach schon getan ist (117).

Zum gleichen Resultat führt auch die folgende Ueberlegung: Wenn das staatliche Interesse an der Ueberführung des Täters und der Aufklärung seiner Delikte so gross ist, dass es den gezielten Einsatz der Schusswaffe zu rechtfertigen vermag, obschon das Unrecht bereits begangen wurde und nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so muss es noch viel grösser sein, wenn es darum geht, derartige Delikte - und damit die Verwirklichung von Unrecht überhaupt - zu verhindern. Mit anderen Worten wäre nicht einzusehen, wieso der Polizeibeamte zusehen sollte, bis der potentielle Täter eine strafbare Handlung ausgeführt, beispielsweise ein Privathaus in Brand gesetzt hat, um erst dann bei der Festnahme oder Verhaftung des Brandstifters von der Schusswaffe Gebrauch zu machen (118), obschon er jenen durch Androhung des Schusswaffengebrauches möglicherweise dazu hätte bewegen können, von seinem strafbaren Vorhaben abzulassen.

Da bei der Verhinderung schwerer Verbrechen oder schwerer Vergehen an Sachen der Schusswaffeneinsatz vorgehend regelmässig anzudrohen wäre, kommt m.E. auch dem Argument kein Gewicht zu, dass es im konkreten Fall schwierig sei, festzustellen, ob das betreffende Rechtsgut tatsächlich ernsthaft gefährdet ist und ob der Polizeipflichtige auch entschlossen ist, sein Vorhaben auszuführen, da dies immer dann berechtigterweise angenommen werden darf und muss, wenn er trotz Androhung des Schusswaffengebrauchs nicht von seinem Tun ablässt. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Statuierung verschiedener Voraussetzungen für den Schusswaffengebrauch bei der Gefahrenabwehr einerseits und für die Durchsetzung strafprozessualer Massnahmen andererseits im Sinne der MuDA 76 nicht gerechtfertigt ist, weshalb de lege ferenda ein unmittelbar bevorstehendes bzw. begangenes schweres Verbrechen oder schweres Vergehen an Sachgütern zur Abgabe gezielter Schüsse berechti-

116) Bergschneider, Polizeilicher Waffengebrauch, 48. Bremer, Waffengebrauch, 60. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 36.

117) BGE 80 IV 178.

118) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 341. Hug, Schusswaffengebrauch, 162. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 82.

gen und verpflichten sollte, sofern alle übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

III Die erfolglos gebliebene Androhung des Schusswaffengebrauchs

Entsprechend dem generellen Grundsatz der Anwendung unmittelbaren Zwanges ist der Zwangsunterworfenen auch vor dem Schusswaffeneinsatz hievon zu warnen, sofern es die Umstände zulassen (119). Während im deutschen und österreichischen Recht die verbale Androhung des Schusswaffengebrauchs und die Abgabe eines Warnschusses gleichgestellt werden, besteht nach schweizerischem Recht ein grundsätzliches Verbot für Warnschüsse, welches nur dann aufgehoben ist, wenn ein Warnruf - etwa zufolge grossen Lärms (120) - voraussichtlich wirkungslos bliebe (121).

Die Richtigkeit dieser Lösung ist in letzter Zeit m.E. zu Recht in Zweifel gezogen worden (122), indem in der Praxis der Warnschuss eine deutlich grössere Wirkung auf den Polizeipflichtigen ausübt als der Warnruf und vermehrt als jener gezielte Schüsse vermeiden hilft (123). So zeigt eine Durchsicht von über hundert Fällen, in denen Warnschüsse abgegeben worden sind, dass ca. zwei Fünftel der betroffenen Personen zwar nicht auf die verbale Drohung, wohl aber auf den Warnschuss hin den Anordnungen des Beamten Folge geleistet haben. Zudem mag das für das grundsätzliche Verbot von Warnschüssen vorgebrachte Argument, der Beamte solle sich im Falle eines rechtswidrigen

119) Z.B. Hug, Schusswaffengebrauch, 120 ff. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 129. Bremer, Waffengebrauch, 54 ff. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 60. Pioch, UZwG, 180 f. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 200. Für das österreichische Recht vgl. Erben/Szirba, 60.

Art. 3 MuDA 76. § 39 Abs. 1 DMuE. § 13 UZwG. Zitate der entsprechenden Ländergesetze bei Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 37, Anm. 42.

120) Erläuterungen zu Art. 3 Abs. 2 MuDA 76.

121) Art. 3 Abs. 3 MuDA 76.

122) Müller, Der Verwaltungszwang, 29. Rehberg, a.a.O., 129 f. Im Anschluss daran auch Hug, a.a.O., 125 ff.

123) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 342. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 44. Bremer, Waffengebrauch, 58. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 35, 70. Wettscherek, Schiessausbildung, 204. Erben/Szirba, 47.

gen Körpertreffers nicht darauf berufen können, er habe nur einen Warnschuss abgeben wollen (124), nicht zu überzeugen, da für die Frage der Rechtfertigung des Beamten einzig abzuklären ist, ob er bei der Abgabe des Schusses Sorgfaltspflichten verletzt hat.

Bei der Bewertung der Interessen des Staates an der Durchsetzung seiner Hoheitsakte durch die Abgabe gezielter Schüsse spielt die Androhung insofern eine Rolle, als sich vom Zwangsunterworfenen unbeachtet gebliebene Warnrufe - und damit erst recht Warnschüsse - bei der Wertabwägung zusätzlich zu den übrigen Gesichtspunkten zuungunsten der Interessen des Pflichtigen auswirken (125). Einerseits bringt jener nämlich durch sein Verhalten zum Ausdruck, dass der schon bestehende dringende Tatverdacht erhärtet wird bzw. bei bevorstehenden Rechtsgüterverletzungen die Annahme der Gefährlichkeit gerechtfertigt ist, wenn er sich trotz grosser Wahrscheinlichkeit von Verletzungen seiner körperlichen Integrität weiterhin der Staatsgewalt widersetzt; andererseits folgt aus der Tatsache, dass der Zwangsunterworfenen in seiner eigenen, subjektiven Wertabwägung die Möglichkeit des Entkommens bzw. der vollständigen Durchführung seiner Tat höher bewertet als die grosse Wahrscheinlichkeit einer Körperverletzung, dass er in gewissem Umfang in jene einwilligt. Eine solche Einwilligung ist jedoch richtigerweise nur insoweit möglich, als der der freien Selbstbestimmung des Individuums durch den Gesetzgeber zugewiesene Wert, den dem durch die Schussabgabe gefährdeten Rechtsgut entsprechenden übersteigt; dies ist beim Rechtsgut Leben nach dem aus dem Strafrecht ersichtlichen Wertgefüge wohl niemals der Fall, während für die übrigen Verletzungen der körperlichen Integrität in Anlehnung an Noll in der Weise zu differenzieren ist, dass zwar nicht in schwere, wohl aber in einfache Verletzungen der körperlichen Integrität eingewilligt wer-

124) Hartmann, a.a.O., 342, der selbst vor jedem gezielten Schuss die Abgabe eines Warnschusses verlangt. Derselbe, Waffengebrauch, 229. Bremer, Waffengebrauch, 57 f.

Mit Urteil vom 13. Februar 1981 hat das Strafamtsgericht Thun einen Polizeibeamten der schweren Körperverletzung schuldig gesprochen, weil er bei der Abgabe von Warnschüssen gegen einen flüchtenden Motorfahrradlenker nicht berücksichtigt hatte, dass die in Richtung auf den Boden hinter dem Motorfahrrad abgegebenen Geschosse dessen Lenker in hohem Masse gefährdeten. Tatsächlich war der Flüchtende durch ein ricochetiertes Geschoss lebensgefährlich in den Rücken getroffen worden.

125) Aehnlich Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 130.

den kann (126). In diesem Sinne vermag zwar die Einwilligung des Zwangsunterworfenen in die voraussichtlich durch die Schussabgabe erfolgende Verletzung den Schusswaffeneinsatz allein nicht zu rechtfertigen, indem in aller Regel eine gewisse Wahrscheinlichkeit von schweren Körper- bzw. tödlichen Verletzungen gegeben ist; sie ist jedoch bei der Gewichtung der Interessen des Zwangsunterworfenen an der Unversehrtheit seiner Rechtsgüter als wertminderndes Element mitzubersücksichtigen.

Beispiel: Zusammenfassung des dem BGE 94 IV 5 ff. zugrundeliegenden Sachverhaltes.

Polizeimann J. wollte zusammen mit Polizeikorporal P. am 17. April 1967 um 20.00 Uhr in Ländelfingen drei Jugendliche kontrollieren, die aus einer Erziehungsanstalt entwichen waren. Da jene den Beamten verdächtig erschienen und sich nicht ausweisen wollten, wurden sie aufgefordert, auf den Posten zu kommen. Auf diese Aufforderung hin ergriff Urs J. die Flucht, konnte aber durch die Warnung, dass von der Schusswaffe Gebrauch gemacht werde, nach etwa 100 Metern gestellt werden. Polizeimann J. gab Urs J. mit der Pistole in der Hand zu verstehen, dass bei nochmaligem Fluchtversuch geschossen werde. Unterdessen konnte sich ein von Korporal P. festgehaltener Jugendlicher losreißen und entkommen, indem er seine Flucht trotz eines Warnschusses fortsetzte. J. befahl hierauf Urs J., vor ihm her zum Posten zu marschieren. Auf halbem Weg drehte sich der Jugendliche plötzlich um und griff den Polizisten an. Dieser wehrte ab und packte den Burschen vorne am Hemd, konnte aber nicht verhindern, dass sich Urs J. losriss und von neuem die Flucht ergriff. Auf einen Warnruf und die nochmalige Drohung mit der Schusswaffe reagierte er nicht. Der Polizeimann gab daraufhin aus etwa 15 Metern Entfernung einen gezielten Schuss auf die Beine des Flüchtenden ab und traf ihn in den linken Oberschenkel.

Das Bundesgericht hielt dazu fest, der Polizeibeamte habe "gewichtige Gründe zur Auffassung" gehabt, "er habe mit einem gefährlichen Verbrecher zu tun, den er nur mit der Waffe zu stellen vermöge". Diese Folgerung zog es aus der Art und Weise, wie die Jugendlichen auf die Aufforderung, sich auszuweisen, reagierten. Es führte nämlich sinngemäss aus, wenn sich jemand weder durch einen Warnruf noch durch einen "Schreckschuss" von seinen Fluchtversuchen abbringen lasse und gar den Polizeibeamten angreife, dürfe jener "mit Grund der Meinung sein, er habe mit einem gefährlichen Verbrecher zu tun, der sich dem Zugriff der Polizei um jeden Preis entziehen wolle".

Wenn das Bundesgericht aufgrund der Tatsache, dass bestimmte Personen in einschlägigen Gegenden bzw. auf "heissen Pflastern" angetroffen werden und sich einer Kontrolle durch Flucht zu entziehen versuchen, den Schluss zulässt, es handle sich bei jenen um gefährliche Verbrecher, so sind die damit gestellten Anforderungen für die Rechtmässigkeit des Schusswaffengebrauches m.E. zu gering. Im Ergebnis würden nämlich die für die Verhaftung oder Festnahme geltenden Kriterien des Verdachts der Begehung eines schweren Verbrechens oder schweren Vergehens so weit ausgelegt, dass danach ein ganz allgemeiner Verdacht, der zu Kontrollierende habe irgendein schweres Delikt begangen, als Grundlage für den Einsatz der Schusswaffe genügen würde.

Würde man der aus dieser Ansicht des Bundesgerichtes folgenden Regelung des Schusswaffeneinsatzes folgen, so wäre der Passant, der sich um jeden Preis dem Zugriff der Polizei entziehen will, unter Einsatz der Schusswaffe von der Flucht abzuhalten, während dies andererseits zur Verhaftung eines Flüchtenden, der unter dringendem Verdacht steht, ein leichtes Verbrechen begangen zu haben, nicht zulässig wäre. Eine derartige Auslegung der Schusswaffengebrauchsvorschriften erscheint kaum sinnvoll.

Zudem zeigt die Erfahrung, dass oftmals Personen die Flucht ergreifen oder polizeilichen Kontrollen ausweichen, die nur Uebertretungen begangen haben. Aus diesem Grunde kann aus der Tatsache allein, dass der Pflichtige trotz der Abgabe von Warnschüssen nicht von seiner Flucht ablässt, keineswegs gefolgert werden, es handle sich bei ihm um einen Verbrecher; wohl aber kann sich diese Tatsache bei der Abwägung der für und wider den Schusswaffeneinsatz sprechenden Interessen zusätzlich zu anderen Gesichtspunkten zuungunsten des Pflichtigen auswirken.

Erwähnenswert ist zudem, dass im vorliegenden Entscheid aus der Tatsache, dass Urs J. den ihn festnehmenden Beamten angegriffen hat, auf dessen Gefährlichkeit geschlossen wird (127), während im Entscheid 99 IV 256 f. (128) trotz des viel massiveren Angriffs auf den Polizisten Sch. eine solche Folgerung als unzulässig erachtet wird; die dafür angegebene Begründung vermag m.E. nicht zu befriedigen, da es nicht, wie das Bundesgericht anzunehmen

127) Vgl. dazu oben, 237.

128) Vgl. oben, 226 ff.

scheint, darauf ankommt, ob sich der angegriffene Beamte in einer Notwehrsituation befindet bzw. ob der Angriff bereits beendet ist, sondern darauf, ob der Pflichtige voraussichtlich für bestimmbare, strafrechtlich geschützte Güter eine so grosse Gefahr darstellt, dass in naher Zukunft mit der Begehung schwerer Verbrechen oder schwerer Vergehen zu rechnen ist.

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen L., zusammengestellt nach einem internen Polizeirapport.

Im Laufe einer Verkehrsüberwachung beabsichtigten die Beamten Sp. und S., den Personenwagenlenker L. anzuhalten. Dieser beachtete jedoch die Haltezeichen nicht und versuchte zu flüchten. Durch Zick-Zack-Fahren drängte er das polizeiliche Verfolgungsfahrzeug ab und fuhr schliesslich kreuz und quer über eine Wiese. Sp. und S. entschlossen sich zur Abgabe gezielter Schüsse auf die Räder des Fluchtfahrzeuges. Trotzdem hielt L. nicht an und fuhr mit hoher Geschwindigkeit in Richtung Z. Erst als er mit einer Gartenmauer kollidierte, gab der Flüchtende auf. Wie sich später herausstellte, war er lediglich geflüchtet, weil er nicht im Besitze eines Führerausweises war.

Mit diesem Beispiel soll gezeigt werden, dass aus der Tatsache, dass der Pflichtige trotz Abgabe von Warnschüssen weiterflieht, keineswegs gefolgert werden darf, er sei ein Schwerverbrecher. Zudem zeigt der Fall sehr schön, dass es oftmals Bagatellen sind, die Personen zur Ergreifung der Flucht vor zur Kontrolle schreitenden Polizeibeamten veranlassen können.

IV Beeinträchtigung der Interessen des Zwangsunterworfenen nur im Rahmen des Notwendigen

1. DER GRUNDSATZ DER NOTWENDIGKEIT IM ALLGEMEINEN

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass das Verhalten des Beamten nicht schon gerechtfertigt werden kann, wenn das Interesse an der zwangsweisen Durchsetzung eines Hoheitsaktes jenes des darin Verpflichteten am Ausbleiben der Zwangsmassnahme überwiegt, indem darüber hinaus erforderlich ist, dass von allen möglichen Verhaltensweisen diejenige ausgewählt wird, welche die Rechtsgüter des Zwangsunterworfenen voraussichtlich am wenigsten intensiv beeinträchtigt. In der Lehre wird das Gebot der Erforderlichkeit dahingehend konkretisiert, dass der Eingriff in sachlicher, räumlicher,

zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen darf (129).

Dabei ist zu beachten, dass nur solche Verhaltensweisen berücksichtigt werden können, welche entsprechend dem Prinzip des Könnens durchführbar sind. Unzulässig wäre es beispielsweise, einen Rumpftreffer bei einem Geiselnnehmer unter Hinweis darauf als unverhältnismässig intensiv zu bezeichnen, dass schon ein Schuss in den um den Abzug einer Maschinenpistole gekrümmten Finger des Täters zur Beseitigung der Gefahr für die Geiseln genügt hätte (130).

Hat der Beamte aus seiner Sicht die die Strafrechtsgüter des Pflichtigen und allfälliger Dritter am wenigsten beeinträchtigende Verhaltensweise bestimmt und besteht diese im Einsatz der Schusswaffe, so ist immer noch nicht sicher, ob deren Gebrauch dem Grundsatz der Notwendigkeit entspricht. Sofern nämlich eine gewisse Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit besteht, dass andere Polizeibeamte durch den Einsatz weniger gefährlicher Mittel die Angriffs- bzw. Fluchtunfähigkeit des Pflichtigen ebenfalls erzielen können, bleibt zu prüfen, ob der Schusswaffeneinsatz nicht zu unterbleiben habe (131). Grundsätzlich muss dies immer dann der Fall sein, wenn im Rahmen einer einheitlichen polizeilichen Aktion neben Schusswaffen für die Rechtsgüter Leib und Leben des Zwangsunterworfenen deutlich weniger gefährliche Mittel zur Verfügung stehen und eingesetzt werden können.

Wenn beispielsweise bekannt ist, dass ein aus einer Strafanstalt geflohener Mörder mit einem Motorwagen auf einer bestimmten Route unterwegs ist, so kann an einer geeigneten Stelle eine Strassensperre errichtet werden, vorausgesetzt, dass die dazu benötigten Mittel sowohl in personeller als auch in materieller Hinsicht vorhanden sind. Im Idealfall muss dann beim Eintreffen des Fluchtfahrzeuges nicht auf jenes geschossen werden, weil eine über die Strasse gezogene Nagelgurte die gleiche Wirkung erzielt, und kann die Abgabe gezielter Schüsse auf die Beine des anschliessend zu Fuss Flüchtenden

129) Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 58 B IV b, Ziff. 1 - 4. Jost, Polizeibegriff, 88. Zimmerli, Verhältnismässigkeit, 14.

130) Vgl. auch oben, 109.

131) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 338.

unterbleiben, wenn ein Diensthund zur Verfügung steht, mit dessen Hilfe der Entwichene gestellt werden kann.

In diesem Sinne kann eine vorausschauende Planung dazu beitragen, dass dem Polizeipflichtigen unter Umständen mit weniger gefährlichen Mitteln als mit Schusswaffen begegnet werden kann (132) (133).

Ein derartiges Vorgehen im Rahmen einer geplanten Aktion setzt jedoch voraus, dass eine bestimmte Zeitspanne zur Beurteilung der Lage sowie zur Bereitstellung der Mittel bis zum Beginn des Einsatzes zur Verfügung steht und dass die benötigten Mittel vorhanden sind. Beide Voraussetzungen sind in der polizeilichen Wirklichkeit nur selten gegeben, indem einerseits oftmals augenblicklich gehandelt werden muss und andererseits die erforderlichen Polizeikräfte und Diensthunde, möglicherweise selbst Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und Transportmittel, nur dann sofort greifbar sind, wenn sie speziell für derartige Einsätze auf Pikett gestellt werden, was in den meisten Kantonen aus personellen oder sonstigen finanziellen Gründen nicht möglich ist.

Somit ist davon auszugehen, dass der schweizerische Polizeibeamte in den weitaus häufigsten Fällen allein oder bestenfalls mit einem Kollegen ohne grosse Ueberlegungszeit handeln muss und daher auf diejenigen Mittel zu greifen hat, die ihm immer zur Verfügung stehen.

Er kann dabei nicht einfach jegliche Zwangsanwendung unterlassen und den Grundsatz der Notwendigkeit so auslegen, dass er davon ausgeht, der Polizeipflichtige werde voraussichtlich irgendwann einmal in eine Situation gelangen, in der weniger gefährliche Zwangsmittel zur Verfügung stünden als die im betreffenden Zeitpunkt vorhandenen.

132) Hug, Schusswaffengebrauch, 100 ff. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 83. Amft, Sicherung des Polizeibeamten, 206. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 158 f. Pioch, UZwG, 178. Erben/Szirba, 46 f.

133) Im vorstehend aufgeführten Fall in Sachen B. etwa hätte Polizist H., der dem Auszuschaffenden erklärtermassen zunehmend misstraute - wenn er vorausschauend mit dem Fluchtversuch des B. gerechnet hätte -, durch Fesselung dessen Fluchtversuch und damit die Notwendigkeit des Einsatzes seiner Schusswaffe mit grosser Wahrscheinlichkeit verhindern können, vgl. dazu oben, 165 f.

Nach deutschem Recht wird der Grundsatz der Notwendigkeit unter anderem dahin konkretisiert, dass der Einsatz von Schusswaffen gegen Kinder (134) und entsprechend gegen Geisteskranke, Gebrechliche oder sonst hilflose Personen generell nicht gestattet ist (135).

M.E. ist diese Privilegierung einzelner Personengruppen durch stärkere Gewichtung ihres Interesses an der körperlichen Integrität nicht zu rechtfertigen, da nicht einzusehen ist, weshalb der Unversehrtheit der körperlichen Integrität eines Kindes ein höherer Wert beigemessen werden soll als derjenigen eines Erwachsenen (136). Den besonderen Verhältnissen bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges gegenüber Kindern, Geisteskranken und Gebrechlichen kann und muss zwar Rechnung getragen werden, wobei sich sehr oft ergeben wird, dass weniger beeinträchtigende polizeiliche Verhaltensweisen als der Schusswaffeneinsatz zum Ziele führen, jedoch wäre es m.E. falsch, jenen generell zu verbieten; auch Kinder oder Geisteskranke können unter Umständen sehr gefährlich sein. Eine generelle Lösung ist hier einmal mehr nicht möglich, da sich die quantitative Seltenheit der Erforderlichkeit des Schusswaffengebrauchs gegen die erwähnte Personenkategorie nicht normativ erfassen lässt (137).

Hat sich der zur Ausübung von Zwang verpflichtete Beamte für den Einsatz der Schusswaffe entschieden, so ist jener unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit zunächst anzudrohen (138), wobei die Androhung konkludent durch das Ziehen der Waffe, als Warnruf oder Warnschuss, d.h. mit abgestufter

134) Bremer, Waffengebrauch, 52 f. Pioch, UZwG, 179. § 41 Abs. 3 DMuE.

135) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 34, mit in Anm. 161 angeführten Zitaten. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 141 zu § 51. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 36. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 165 ff. Triffterer, Der tödliche Fehlschuss, 356, 358 f.

136) Vgl. auch Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 35.

137) Andeutungsweise auch Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 34. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 36. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 165 ff.

138) Hartmann, Der Waffengebrauch der Polizei, 342. Hug, Schusswaffengebrauch, 120 f. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 140 zu § 51. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 162 f.

Zwangsintensität erfolgen kann (139) (140).

Selbstverständlich ist auf die Abgabe eines gezielten Schusses zu verzichten, wenn der mit der beabsichtigten Zwangsmassnahme bezweckte Zustand erreicht worden ist (141). Ist dies nicht der Fall und muss daher auf den Pflchtigen geschossen werden, so ist unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit nur eine solche Verletzung anzustreben, die den Betroffenen gerade noch angriffs- und fluchtunfähig macht (142).

Während zu diesem Zweck bei Flüchtenden regelmässig auf die Beine zu zielen ist, hängt die beim Angreifenden zur Bewirkung der Angriffsunfähigkeit notwendige Verletzung von dessen Mitteln ab. Führt jener seinen Angriff beispielsweise seinerseits mit einer Schusswaffe, so kann der Polizeibeamte sich oder einen Dritten mit der heute üblichen Standardmunition (143) nur dann mit Aussicht auf Erfolg verteidigen, wenn er dem Angreifenden so schwere Verletzungen zufügt, dass jener trotz der minimalen Schockwirkung jener Munition nicht mehr zu zielen und abzdrukken vermag. Eine derartige, sofor-

139) Dies gilt allerdings nur unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts, wobei sehr wohl denkbar ist, dass dem Polizeibeamten durch das kantonale Recht vorgeschrieben ist, er habe den Gebrauch der Schusswaffe in einer ganz bestimmten Weise anzudrohen.

140) Nicht zu verwechseln ist die konkludente Androhung des Schusswaffengebrauchs mit den zur Eigensicherung des Beamten getroffenen Massnahmen. Wenn etwa ein Polizeibeamter nachts in einem Gebiet, in welchem nach einem Terroristen gefahndet wird, einer Person begegnet, so wird er vorsorglicherweise seine Pistole ziehen, um deren Identität zu überprüfen. Dabei verdächtigt er jene weder einer strafbaren Handlung, noch hat er Anhaltspunkte für deren Gefährlichkeit. Er kann und darf ihr deshalb auch keinen Schusswaffeneinsatz androhen. Seine vorsorgliche Massnahme dient einzig dazu, sich im Falle eines überraschenden Angriffs, bei dem sowieso keine Androhung mehr möglich und nötig wäre, mit Aussicht auf Erfolg verteidigen zu können. Vgl. auch Hug, Schusswaffengebrauch, 133 f. Amft, Sicherung des Polizeibeamten, 202 ff. Augschun, Eigensicherung, 257 ff. Ferner Hirschboeck, Eigensicherung, 115 f. Reisinger, Schnelle Reaktion, 558 f.

141) Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 163. Löw, Schusswaffengebrauch, 364.

142) Hug, Schusswaffengebrauch, 75. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 30, 566. Bremer, Waffengebrauch, 52. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 32. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 328. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 33. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 70. Löw, Schusswaffengebrauch, 364. Pioch, UZwG, 178. Merten, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, 94. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 200. Erben/Szirba, 50 f.

143) Vgl. oben, 193.

tige Wirkung beim Angreifenden kann erfahrungsgemäss niemals durch einen Bein-, sondern nur durch einen Rumpftreffer hervorgerufen werden. Der Polizeibeamte hat daher, wenn er unter Verwendung von Schusswaffen angegriffen wird und sich nach seiner Schussabgabe dem Wirkungsbereich der Geschosse aus der Waffe des Angreifers nicht entziehen kann, auf den Rumpf des letzteren zu zielen, da er sonst Gefahr läuft, seinerseits tödlich getroffen zu werden, auch wenn er als erster schießen und in die Beine des Angreifenden treffen würde. Ein Rumpftreffer ist dabei deshalb zu rechtfertigen, weil einerseits die Interessen auf Seiten des Beamten bei gleich schwer zu gewichtenden Strafrechtsgütern (Leib und Leben) zufolge des zusätzlichen staatlichen Interesses an der Durchsetzung des Rechts überwiegen und andererseits eine augenblickliche Aussergefechtsetzung des Angreifers, welche nur durch Rumpftreffer bewirkt werden kann, absolut notwendig erscheint (144).

Somit ist der Begriff "Bewirkung der Angriffsunfähigkeit" hinsichtlich der diesbezüglich notwendigen Verletzung beim Angreifenden relativer Natur und nicht - wie oftmals angenommen wird - gleichbedeutend mit einem Beintreffer (145). Selbstverständlich erscheint, dass immer dann, wenn die beabsichtigte Wirkung durch gezielte Schüsse auf Sachen zu erreichen ist, jenen gegenüber dem Schusswaffeneinsatz gegen Personen der Vorzug zu geben ist (146). So ist beispielsweise zur Verhaftung eines flüchtenden Autofahrers anstatt auf auf die Wageninsassen, auf das Motorfahrzeug, insbesondere auf dessen Räder

144) Diese Ausführungen gelten selbstverständlich nur für die hoheitliche Gefahrenabwehr, d.h. nicht für das Handeln aufgrund von Notrechten.

145) Aehnlich Hug, Schusswaffengebrauch, 140. 257 ff. Schumacher, Problematik des Todesschusses, 257 f. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 30, 564. Derselbe, a.a.O., Kriminalistik 31, 38, nimmt m.E. zu Unrecht an, durch tief gezielte Schüsse könne ein Angreifer angriffsunfähig gemacht werden.

146) Hug, Schusswaffengebrauch, 247. Müller, Der Verwaltungszwang, 24. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 30, 566. Bremer, Waffengebrauch, 51. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 32. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 140 zu § 51. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 37. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 150. Merten, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, 93 f. Pioch, UZwG, 178. Rupprecht, Die tödliche Abwehr, 265. Derselbe, Todesschuss und Wertordnung, 788. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, 200. § 41 Abs. 1 DMuE.

zu zielen (147).

Schliesslich ist der Einsatz der Schusswaffe immer nur solange zulässig, bis der angestrebte Erfolg eintritt (148).

Beispiel: Polizeiaktion in Sachen P., zusammengestellt nach dem dem Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Mai 1964 zugrundeliegenden Sachverhalt.

Der Polizeibeamte K. hatte vom Polizeikommando den Auftrag erhalten, P. festzunehmen. K. schritt zur Verhaftung, als P. in anderer Gelegenheit auf dem Polizeiposten vorsprach. P. liess sich jedoch nicht festnehmen, sondern versuchte, sich unter Aufbietung aller Kräfte dem Zugriff der Polizei zu entziehen. Sowohl K. als auch sein ebenfalls anwesender Polizeikollege versuchten alles, um P. zu überwältigen. Als ihnen das nicht gelang, gab K. nach entsprechender Warnung mehrere Schüsse auf P. ab. "Auf den ersten Schuss, der hinter dem Oberschenkelknochen durch den Oberschenkel ging, reagierte der Geschädigte so, dass er in noch grössere Wut geriet, sich ins Einvernahmezimmer begab und dessen Eingangstüre zu schliessen versuchte. Er setzte somit trotz des Schusses und der dadurch erlittenen Verletzung seinen Widerstand und seine Fluchtbemühungen fort, wie wenn nichts geschehen wäre. Ein weiterer gezielter Schuss, die neuerliche Aufforderung, endlich seinen Widerstand aufzugeben, sowie ein Warnschuss gegen die Decke fruchteten ebenfalls nichts. Der Angeklagte (K.) entschloss sich deshalb, nochmals einen gezielten Schuss abzugeben, der den Geschädigten ins Gesäss traf; der Angeklagte schoss so tief wie möglich, konnte aber keinen unteren Körperteil anvisieren, weil ein Tisch ihm die Sicht verwehrte. Auch nach diesem letzten Schuss ging der Kampf noch einige Zeit weiter, da der Angeklagte trotz seiner Verletzungen seine Fluchtbemühungen noch nicht aufgab." Das Gericht sprach K. gestützt auf Art. 32 StGB frei, da er verpflichtet gewesen sei, die Flucht des P. zu verhindern, gab aber seinem Erstaunen darüber Ausdruck, dass die beiden Polizeibeamten den Geschädigten nicht zu überwältigen vermochten.

Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit des Schusswaffengebrauchs kann man sich allerdings fragen, ob die vierfache Schussabgabe wirklich nötig war. Selbst wenn man annimmt, dass es sich beim Geschädigten um einen Hünen handelte, ist es fraglich, ob nicht bereits die Anwendung von körperlicher Gewalt oder von deren Hilfsmitteln auf einem Polizeiposten genügen sollte, um Renitente festzuhalten, wenn zwei Polizeibeamte anwesend sind. Geht man

147) Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 30, 566. Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 32.

148) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 22.

von der grundsätzlichen Erforderlichkeit des Schusswaffeneinsatzes aus, so hätte m.E. die Abgabe eines gezielten Schusses genügt, da der Geschädigte anschliessend von seinen Angriffen auf die Polizeibeamten abliess und sich im Einvernahmezimmer einzuschliessen versuchte. Auch wenn ihm von da die Flucht geglückt wäre, hätten die beiden Beamten seine Personalien und Adresse gekannt und nur zu warten brauchen, bis sich die Wirkung des Schusses einstellte.

Eindeutig verletzt worden scheint mir das Prinzip der Notwendigkeit dadurch, dass K. dem P. deshalb ins Gesäss schoss, weil er wegen des in der Schusslinie stehenden Tisches nicht auf dessen Beine zielen konnte. Aus dem Sachverhalt geht klar hervor, dass P. nur noch zu fliehen versuchte und sich K. und sein Kollege deshalb keineswegs in einer Notwehrlage befanden. Selbst wenn man diesen Schuss grundsätzlich als zulässig erachten würde, wäre es für K. ein leichtes gewesen, seine Stellung so zu verändern, dass er die Beine des P. anvisieren hätte können. Indem er dies unterliess, obschon es sicher möglich gewesen wäre, hat er den Grundsatz der Notwendigkeit des Eingriffs offensichtlich verletzt, was im Urteil des Bezirksgerichts zu Unrecht nicht beachtet wird.

2. DER GRUNDSATZ DER NOTWENDIGKEIT BEIM GEZIELTEN TODESSCHUSS IM BESONDEREN

2.1. Grundlagen

Die in den letzten Jahren immer häufiger gewordenen Terrorakte in der Form der Geiselnahme haben die Frage aktuell werden lassen, ob die Polizei unter Umständen gezielte Schüsse auf Geiselnnehmer abgeben dürfe, mit dem Ziel, diese zu töten, um auf diese Weise das Leben ihrer Opfer zu retten. Diese Frage kann angesichts des hohen Ranges, den das Rechtsgut Leben in der Verfassung einnimmt, nicht gewissenhaft genug beurteilt werden (149).

In der schweizerischen Gesetzgebung existiert keine Norm, welche den tödlichen Schuss auf Geiselnnehmer als letzte Möglichkeit zur Rettung des Lebens

149) Zu den ethischen Grundfragen Möllers, Geiselnahme, 164 ff.

der Geiseln ausdrücklich erlauben würde. Wenn in Art. 2 Ziff. 3 lit. c MuDA 76 der Schusswaffengebrauch zur Befreiung von Geiseln generell erlaubt ist, so ist damit nämlich noch keineswegs gesagt, dass auch der tödlich wirkende Schuss zulässig sein soll. Dagegen ist im deutschen Recht eine Regelung in Angriff genommen worden. In § 41 Abs. 2 DMuE ist ein Schuss, "der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, (...) nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist" (150).

Ganz grundsätzlich ist zu verlangen, dass der gezielte Todesschuss ausdrücklich in den übrigen Schusswaffenbestimmungen in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln ist (151), da er den schwersten Eingriff des Staates in die Grundrechte seiner Bürger darstellt. Zudem ist nicht einzusehen, weshalb der Vollstreckungsbeamte ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage die Verantwortung für eine derart weitreichende Massnahme übernehmen sollte, solange die Zulässigkeit des gezielten Todesschusses sowohl in der Öffentlichkeit als auch in den gesetzgebenden Organen umstritten ist, weshalb diese aus politischen Gründen auf eine klare gesetzliche Regelung verzichten wollen. Eine eindeutige Antwort auf diese Frage würde es der Polizei ermöglichen, sich auf die Beurteilung der Sicherheitslage konzentrieren zu können, und würde eine zusätzliche Belastung der Einsatzleitung und insbesondere der kommandierten Schützen wegen Rechtsunsicherheiten ausschliessen (152).

Seit geraumer Zeit hat sich die Lehre dieser, die Polizei schon lange bewegenden Problematik angenommen, wobei, soweit ersichtlich, keine einzige

150) Als erstes Bundesland hat Bayern diese Vorschrift übernommen, vgl. Art. 45 Abs. 2 PAG.

151) Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 99 ff.
A.M. Hug, Schusswaffengebrauch, 274. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 81 f. Hummel-Lilijegren, Der tödliche Schuss, 374.

152) Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 136. Krüger, Kriminalistik 29, 385, 442. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1035. Rupprecht, Die tödliche Abwehr, 263 f. Schnupp, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 131. Wenzky, Geiselschutz durch Schusswaffengebrauch, 294.

ernstzunehmende Publikation den gezielten Todesschuss ohne Ausnahme ausschliessen will (153).

2.2. Die Notwendigkeit des gezielten Todesschusses

Grundsätzlich kann den Gesetzen über den Schusswaffengebrauch, welche den gezielten Todesschuss nicht regeln, für den Fall der Geiselnahme (154), bei welchem der Einsatz von Schusswaffen oftmals als einzige Möglichkeit zur Befreiung der Geiseln erscheint, durch Auslegung des Begriffs des "Angriffs-Unfähigmachens" entnommen werden, dass der Geiselnehmer ausserstandgesetzt werden soll, sein Opfer zu töten. In der Praxis bedeutet dies, dass der Geiselnehmer im Falle des Schusswaffengebrauchs durch einen gezielten Schuss daran zu hindern ist, den Abzug der auf die Geisel gerichteten Waffe zu betätigen, d.h. in irgendeiner Weise - auch unbewusst und reflexartig - auf den polizeilichen Befreiungsversuch zu reagieren. Eine derartige, augen-

-
- 153) Vgl. dazu Hug, Schusswaffengebrauch, 269 ff. Müller, Der Verwaltungszwang, 30 f. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 39. Connen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 65 ff. Hirsch, Leipziger Kommentar, N. 144 zu § 51. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 136 ff. Hummel-Lilijegren, Der tödliche Schuss, 373 ff. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 331 ff. Krey/Meyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, 3. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 95 ff. Derselbe, Musterentwurf, 340. Derselbe, Bewusste Tötung, 1. ff. Derselbe, Kriminalistik 29, 385 ff. Lange, Waffengebrauchsrecht, 357 ff. Derselbe, Musterentwurf, 12 f. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1033 ff. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 104 ff. Ludwig, Straftaten mit Geiselnahme, 112 ff. Möllers, Geiselnahme, 164 ff. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 781 ff. Derselbe, Die tödliche Abwehr, 263 ff. Schmidhäuser, Notwehr und Nothilfe, 63 ff. Schmidt, Bewusste Tötung, 449 f. Schnupp, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 130 ff. Schumacher, Problematik des Todesschusses, 257 ff. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 30 ff. Wenzky, Geiselschutz durch Schusswaffengebrauch, 293 ff. v. Winterfeld, Der Todesschuss der Polizei, 1881 ff.
- 154) Wenn sich die folgenden Ausführungen immer auf die Geiselnahme beziehen, so bedeutet dies keineswegs, dass nicht auch andere Situationen denkbar sind, in denen ein gezielter Todesschuss notwendig sein kann; dies ist immer dann der Fall, wenn es der Rechtsbrecher in der Hand hat und aller Wahrscheinlichkeit nach auch gewillt ist, eine bestimmte Person vor einem polizeilichen Angriff durch sofort wirkende Waffen, wie beispielsweise Schusswaffen, Sprengstoffe oder Gifte, zu töten.

blickliche Angriffsunfähigkeit kann nach den heute gesicherten Erkenntnissen nur dann mit hoher Wahrscheinlichkeit bewirkt werden, wenn der menschliche Schädel so durchschossen wird, dass das verlängerte Rückenmark im Bereich der Halswirbel durchtrennt (155), d.h. wenn der Betreffende getötet wird. Folglich ist es möglich, dass die Tötung des Geiselnehmers von allen möglichen Verhaltensweisen die einzige ist, welche den gebotenen Zustand der Angriffsunfähigkeit herbeiführen kann. Sie ist damit gleichzeitig auch die mildestmögliche und zur Herbeiführung der sofortigen Angriffsunfähigkeit durch Zwanganwendung notwendig (156). Unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung ist die Tötung eines Menschen zur Rettung des Lebens eines anderen gerade noch gerechtfertigt (157), da der Angreifende als Störer auftritt; ihm gegenüber muss das Recht zwangsweise vollstreckt werden, weshalb bei der Interessenabwägung neben dem auf beiden Seiten gleich schwer zu

-
- 155) Vertrauliches Gutachten des Institutes für Rechtsmedizin der Universität München vom 22. März 1972. Gleicher Meinung Schnupp, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 131. Vgl. auch den etwas seltsamen Fall bei Engel, Handlungsfähig trotz tödlicher Kopfschussverletzung, 272 f. Ferner Hug, Schusswaffengebrauch, 154 ff., der den gezielten Todesschuss allerdings fälschlicherweise auf das Notwehrrecht abgestützt wissen will, obschon er gleichzeitig betont, die Polizei sei allein dazu berechtigt, da er eine Amtspflicht darstelle. Vgl. auch oben, 75 ff.
- 156) Müller, Der Verwaltungszwang, 31. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 39. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 333. Hummel-Lilijegren, Der tödliche Schuss, 373. Krey/Meyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, 3. Lange, Waffengebrauchsrecht, 358 f. Derselbe, Musterentwurf, 12 f. Rupprecht, Die tödliche Abwehr, 265 ff. Schumacher, Problematik des Todesschusses, 257 ff. v. Winterfeld, Der Todesschuss der Polizei, 1883 f.
- 157) Krüger, Bewusste Tötung, 4. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 106.
Nicht zulässig ist m.E. die bewusste Tötung zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden schweren Verletzung der körperlichen Integrität und Gesundheit der Geisel, da hier die Tötung gestützt auf die Interessenabwägung wohl kaum gerechtfertigt werden könnte und da der Geiselnahme zudem durch andere Massnahmen angriffsunfähig gemacht werden kann, wenn absolut sicher ist, dass er das Leben der Geisel nicht bedroht. Ähnlich Hummel-Lilijegren, Der tödliche Schuss, 375. A.M. Hug, Schusswaffengebrauch, 273. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1048. Rupprecht, Die tödliche Abwehr, 265. § 41 Abs. 2 DMuE.
Sicherlich unberechtigt ist die Tötung eines Menschen zur Abwehr von Gewalt gegen Sachgüter. Vgl. Bremer, Waffengebrauch, 48. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 132. Vgl. auch oben, 243, insbesondere Anm. 109.

gewichtenden Rechtsgut des Lebens von Geiselnnehmer und Geisel auf Seiten der letztgenannten das Interesse an der Durchsetzung des Rechts für den Einsatz der Schusswaffe den Ausschlag gibt (158).

Wenn verschiedene deutsche Autoren dieser Auslegung des Begriffs "Angriffsunfähigkeit" widersprechen, indem sie auf ihre Unvereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlich garantierten Recht auf Leben hinweisen (159), so ist dazu festzuhalten, dass es nicht darum geht, die Pflicht zur Achtung des Menschenlebens durch Hoheitsakt aufzuheben, sondern um die zumindest gleichrangige Pflicht, das Leben des Bedrohten zu erhalten. Wie erwähnt, ist in die entsprechende Interessenabwägung nicht nur der Wert des menschlichen Lebens, sondern zugleich auch der Wert, der der Durchsetzung der Rechtsordnung immanent ist, miteinzubeziehen.

Umgekehrt wird jede Anwendung unmittelbaren Zwanges, welche nicht die sofortige Angriffsunfähigkeit des Geiselnnehmers zur Folge hat, die Gefahr für Leib und Leben der Geisel um ein Vielfaches erhöhen, weshalb in einem solchen Falle ein eminentes Interesse des Bedrohten am Verzicht auf den Einsatz der Schusswaffe besteht (160). Wenn vom Geiselnnehmer beispielsweise nur ein Bein sichtbar ist und daher auf jenes geschossen werden könnte, sprechen die Interessen der Geisel gegen den Einsatz der Schusswaffe, da deren Leben zufolge unverminderter Angriffsfähigkeit des Täters in erhöhtem Masse gefährdet erscheint; somit sprechen bei der Wertabwägung sowohl das der Gesundheit des Geiselnnehmers als auch das dem Leben der Geisel entsprechende Interesse gegen und nur der der Durchsetzung des Rechts zukommende Wert für den Schusswaffeneinsatz.

Daraus folgt, dass in solchen Geiselnnahmefällen nur dann ein überwiegendes Interesse am Einsatz der Schusswaffe bestehen kann, wenn die beabsichtigte

158) Drews/Wacke/Vogel/Martens, 325. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 785.

159) Buchert, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 33 f. Conen, Rechtsgrundlagen bei Geiselnahmen, 65. Höse, Probleme des Schusswaffengebrauchs, 137. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 98 ff. Derselbe, Kriminalistik 29, 387. Derselbe, Bewusste Tötung, 2. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 30.

160) Jahn, Statistik der Geiselnahme, 102 f. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 786.

Zwangsanzwendung geeignet ist, die sofortige Angriffsunfähigkeit des Geiselnahmers zu bewirken. Somit kann ein gezielter Schuss in Situationen, in denen eine bestimmte Person nur mittels Schusswaffeneinsatzes angriffsunfähig gemacht werden kann, immer dann nicht rechtmässig sein, wenn keine augenblicklich tödlich wirkenden Verletzungen beim Geiselnahmer angestrebt werden. So war die Order von Oberstaatsanwalt Sechser, den Geiselnahmer Rammelmayer nur kampfunfähig zu schiessen, nicht aber zu töten, rechtswidrig, da die Interessenlage hinsichtlich dieses angestrebten Zustandes gegen den Schusswaffeneinsatz spricht (161); wurde "Kampfunfähigkeit" dagegen als Synonym zum Begriff "Angriffsunfähigkeit" gebraucht, so steckt in der Anordnung ein unauflösbarer Widerspruch, da nur die Tötung die sofortige Angriffsunfähigkeit zu bewirken vermag.

Bei der Prüfung der Frage der Notwendigkeit des Schusswaffeneinsatzes gegen Geiselnahmer könnte man auf den Gedanken kommen, der Gebrauch der Schusswaffe sei in einem solchen Falle niemals erforderlich und notwendig, da zur Beseitigung der Lebensgefahr für die Geiseln nur die vom Geiselnahmer gestellten Forderungen zu erfüllen und freier Abzug zu gewähren wären (162). Bei der nachfolgenden Fahndung nach den Tätern dürften dann "alle erdenklichen und neuartigen Hilfsmittel und auch listenreiche Massnahmen für eine spätere Aufspürung (...) eingesetzt werden" (163).

Diesen Ueberlegungen kann m.E. in jenen Fällen nicht gefolgt werden, in denen die Geiseln einer unmittelbaren Lebensgefahr ausgesetzt sind und die Voraussetzungen für die Abgabe gezielter Schüsse gegeben sind. Einmal ist nicht wahrscheinlich, dass sich im Falle erneuter Komplikationen ein zweites Mal die Möglichkeit eines Schusswaffeneinsatzes und damit der Rettung der Geiseln gibt; zum andern ist in jedem Fall höchst unsicher, ob der Gewaltverbrecher das Leben seiner Geisel schont, wenn seine Forderungen erfüllt werden. Wie soll Vertrauen in die Verlässlichkeit eines Verbrechers gerechtfertigt sein, der durch Tötung seiner Geisel die Chance hat, die Fahndung

161) Vgl. oben, 76 ff.

162) Schröder, Polizei und Geiseln, 134. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 32 f. Vgl. auch Ludwig, Straftaten und Geiselnahme, 110 f. bezüglich einer allfälligen Strafbarkeit polizeilichen Verhaltens infolge Beihilfe- oder Begünstigungshandlungen.

163) Wenzky, Geiselschutz durch Schusswaffengebrauch, 296.

nach ihm zu erschweren oder zu verunmöglichen (164) (165)?

C) GEWICHTUNG DER INTERESSEN BEIM POLIZEILICHEN SCHUSSWAFFEN- GEBRAUCH GEGEN PERSONEN GEMAESS EMRK

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ist durch die Schweiz am 28. November 1974 ratifiziert worden. Da sie den Vorrang gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht hat (166), ist hier zu prüfen, ob die jener hinsichtlich hoheitlicher Zwangsanwendung zugrundeliegende Interessengewichtung der in den vorstehenden Ausführungen gemachten widerspricht.

Nach Art. 2 EMRK wird das Recht jedes Menschen auf sein Leben gesetzlich geschützt (167). Abgesehen von der Vollstreckung eines gesetzmässigen, gerichtlichen Todesurteils darf eine absichtliche Tötung nicht vorgenommen werden. Von diesem Verbot wird eine Ausnahme zugelassen. Danach wird die Tötung "nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt: a) um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen, b) um eine ordnungsgemässe Festnahme durchzuführen oder das Entkommen einer ordnungsgemäss festgehaltenen Person zu verhindern, c) um im Rahmen der Gesetze einen Aufruhr oder einen Aufstand zu unterdrücken".

Aus diesem Wortlaut wird von den meisten Autoren, die sich mit dem polizeilichen Schusswaffeneinsatz befassen, geschlossen, dass die Tötung eines

164) Hug, Schusswaffengebrauch, 153. Müller, Der Verwaltungszwang, 31. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 334 f. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 105. Schmidt, Bewusste Tötung, 449.

165) Nach Krüger, Bewusste Tötung, 3, wäre der Schusswaffengebrauch dann nicht notwendig, wenn die Geiseln durch Gestellung von Polizeibeamten oder Politikern befreit werden könnten. Dabei ist nicht ersichtlich, wie sich die Lage durch diesen Geiselaustausch bessern soll und wie die genannten Personen verpflichtet werden könnten, sich für derartige Austauschaktionen zur Verfügung zu stellen. Vgl. Rupprecht, Todesschuss und Wertordnung, 786. Schmidt, Bewusste Tötung, 449.

166) Schindler, EMRK, 366 ff.

167) Wildhaber, Konvention, 514 ff.

Aggressors immer dann erlaubt ist, wenn Gewalt gegen eine oder mehrere Personen angewandt wird, sei es, dass jene auf die Verletzung von Leib und Leben gerichtet ist, sei es, dass sie nur dazu dient, einen Angriff gegen andere persönliche Rechtsgüter abzuwehren (168). Da sowohl gemäss den vorstehenden Ausführungen als auch in den Schusswaffenbestimmungen die gezielte Tötung eines Menschen nur ausnahmsweise vorgesehen ist, wenn jener einen anderen unmittelbar mit dem Tod bedroht, wirkt sich die den schweizerischen Schusswaffengebrauchsbestimmungen und dieser Arbeit zugrundeliegende Interessenabwägung mehr als die der EMRK entsprechende zugunsten des Rechtsgüterschutzes des Zwangsunterworfenen aus, weshalb diesbezüglich von dieser Seite keine Einschränkungen gemacht werden müssen (169).

-
- 168) Bockelmann, Menschenrechtskonvention, 456 ff. Greiner, Schusswaffengebrauch, 106. Krey/Meyer, Staatsanwaltschaft und Polizei, 3. Krüger, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 101. Lange, Musterentwurf, 13. Lerche, Der gezielt tödliche Schuss, 1050 ff. Linder, Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwanges, 133. Schwabe, Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 28 f.
- 169) Hug, Schusswaffengebrauch, 24 f. Rehberg, Schusswaffengebrauch, Kriminalistik 31, 36.

LEBENS LAUF

Am 8. März 1952 wurde ich als zweiter von drei Söhnen des Andreas Donatsch, Lokomotivführer, und seiner Ehefrau Gertrud, geborene Rietli, in meinem Heimatort Malans (GR) geboren. Nach sieben Jahren Primarschule in Malans und weiteren sieben Jahren am Literargymnasium der Kantonsschule Graubünden in Chur erwarb ich am 3. Juli 1972 die Matura. Ab Herbst desselben Jahres studierte ich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich nach neun Semestern am 16. Februar 1977 mit dem Lizentiat abschloss. Während vier Jahren, d.h. bis zum 30. Juni 1981, war ich als Polizeioffizier bei der Kantonspolizei Graubünden in Chur. Seit dem 1. Juli 1981 bin ich als Oberassistent an der Juristischen Abteilung der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich tätig. Am 15. Juli 1981 promovierte ich zum Doktor der Rechtswissenschaft.

